

**DAS RECHT DES ZIVILMAKLER
UND SEINE FORTBILDUNG IN DER
HÖCHSTRICHTERLICHEN RECHTSPRECHUNG**

Klaus Fuchs

1975



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551925_0002

DAS RECHT DES ZIVILMAKERS UND SEINE
FORTBILDUNG IN DER HÖCHSTRICHTERLICHEN
RECHTSPRECHUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von
K l a u s F u c h s

1975

Referent: Prof.Dr.jur. Werner Rother

Korreferent: Universitätsdozent Dr.Wieling

Tag der mündlichen Prüfung: 18.Juli 1975



MEINEN ELTERN

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Einleitung	1
A) Reformdiskussion	1
B) Geschichtliche Einführung	4
Erster Teil	
Inhalt, Eigenart und Rechtsnatur des Maklervertrags	13
Erster Abschnitt: Allgemein	13
Zweiter Abschnitt: Tätigkeitspflicht des Maklers	14
Dritter Abschnitt: Entschließungsfreiheit des Auftraggebers	19
Vierter Abschnitt: Nebenpflichten des Maklers	31
A) Allgemein	31
B) Einzelne Nebenpflichten des Maklers	32
C) Insbesondere: Verbot der vertragswidrigen Doppeltätigkeit gem. § 654 BGB (Doppelauftrag)	35
D) Rechtsfolgen	46
Fünfter Abschnitt: Nebenpflichten des Auftraggebers	56
Sechster Abschnitt: Eigenart und Rechtsnatur des Maklervertrags	59
Siebter Abschnitt: Ergebnis und Stellungnahme zur Rechtsfortbildung	65
Zweiter Teil	
Der Provisionsanspruch des Maklers als Besonderheit des Maklervertrags	76
Erster Abschnitt: Zustandekommen des Maklervertrags	77
Zweiter Abschnitt: Abschluß des gewünschten Hauptvertrags	88
A) Allgemein	88
B) Vollwirksamer Hauptvertrag	90
C) Identität des beabsichtigten mit dem tatsächlich abgeschlossenen Hauptvertrag	100
D) Zustandekommen des Hauptvertrags mit einem Dritten	106
Dritter Abschnitt: Ursächlichkeit der Maklertätigkeit für den Hauptvertragsschluß	110
A) Allgemein	110

B) Art und Umfang der Maklertätigkeit	111
C) Mitursächlichkeit bzw. Unterbrechung der Kausalität	119
D) Subjektive Momente	125
E) Beweisfragen	128
Vierter Abschnitt: Ergebnis	135

DRITTER TEIL

VOM GESETZESRECHT ABWEICHENDE VEREINBARUNGEN DER VERTRAGSPARTEIEN	137
---	-----

Erster Abschnitt: Allgemein	137
-----------------------------	-----

Zweiter Abschnitt: Der Alleinauftrag	139
--------------------------------------	-----

A) Verbot der Beauftragung eines zweiten Maklers	141
--	-----

B) Kein Verbot des Direktabschlusses	141
--------------------------------------	-----

C) Abschlußfreiheit	143
---------------------	-----

D) Beschränkung des Widerrufsrechts	143
-------------------------------------	-----

E) Tätigkeitspflicht	147
----------------------	-----

F) Rechtsfolgen bei Verletzung des Alleinauftrags	148
---	-----

Dritter Abschnitt: Zusätzliche Klauseln	152
---	-----

A) Allgemein	152
--------------	-----

B) Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel	153
--	-----

C) Widerrufsklausel	163
---------------------	-----

D) Abschlußverpflichtungsklausel	167
----------------------------------	-----

E) Allgemeine Verletzungsklausel	170
----------------------------------	-----

F) Vorkenntnisklausel	171
-----------------------	-----

Vierter Abschnitt: Ergebnis	178
-----------------------------	-----

SCHLUSSBETRACHTUNG	184
--------------------	-----

A) Bedeutungswandel im Maklerrecht?	184
-------------------------------------	-----

B) Reformvorschläge	189
---------------------	-----

ANHANG	197
--------	-----

LEBENSLAUF	209
------------	-----

LITERATURVERZEICHNIS

- Angermann Makler in der Marktwirtschaft
in AIZ 1973, 200.
- Bache Die erfolgsunabhängige Makler-
provision
in DB 1971, 997.
- Bauch Maklergebühr bei Zeitungsinserat
in AIZ 1969, 97.
- Baumbach-Lauterbach Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit
Gerichtsverfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen, 30. Auflage München 1972.
- Becker Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen
Arbeitsbedingungen in NJW 1973, 1913.
- Breiholdt/Hallensleben Die Doppeltätigkeit des Maklers aus
der Sicht des BGH
in AIZ 1968, 136.
- Breloer Die erfolgsunabhängige Maklerprovision
in NJW 1974, 347.
- Buchka, von Vergleichende Darstellung des Bürger-
lichen Gesetzbuchs für das Deutsche
Reich und des Gemeinen Rechts, Berlin
1897.
- Corpus Juris Civilis Editio stereotypa septima.
volumen primum: Digesta, 1884 (Berlin)
Theodor Mommsen;
volumen secundum: Codex Justinianus,
1884 (Berlin)
Paul Krueger.
- Däubler Die geknebelten Wirtsleute: Zur Total-
nichtigkeit von Formularverträgen
in JuS 1971, 398 ff.
- Deutsche Bundesregierung BT Drucksache VI/1549
Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen
zur Verbesserung des Mietrechts und
zur Begrenzung des Mietanstiegs.
- Dreher Kommentar zur Strafprozeßordnung,
34. Auflage 1974.
- Düringer-Hachenburg Kommentar zum Handelsgesetzbuch I. Bd,
3. Auflage Mannheim/Berlin/Leipzig 1930.
- Dyckerhoff Das Recht des Immobilienmaklers,
7. Auflage München 1973.

- Emmerich Die Problematik der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen
in JuS 1972, 361 ff.
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
II. Bd - Recht der Schuldverhältnisse,
14. Bearbeitung Tübingen 1954.
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch 1. Bd, 5. Auflage Münster 1972.
- Esser Grundsatz und Norm in der richter-
lichen Fortbildung des Privatrechts,
Tübingen 1956.
- Lehrbuch des Schuldrechts Bd I
Allgemeiner Teil, 4. Auflage Karls-
ruhe 1970.
- Lehrbuch des Schuldrechts Bd II
Besonderer Teil, 4. Auflage Karls-
ruhe 1971.
- Feldmann Maklerverbände im Wettstreit
in AIZ 1973, 250.
- Fischer Diskussionsbeitrag zu: Wirksamkeits-
grenzen von AGB
in JA 1973, 571 (573).
- Förtsch Kommentar zum ADHGB, 4. Auflage
Leipzig 1893.
- Gareis-Fuchsberger Kommentar zum ADHGB, Berlin 1891.
- Glaser Provisionsanspruch des Maklers bei
Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen
Rücktrittsrechts
in NJW 1974, 348.
- Glaser-Warncke Das Maklerrecht in der Praxis
(Grundzüge, Rechtsprechung und Schrift-
tum), 5. Auflage Berlin 1973.
- Hans Inwieweit wird die Maklerprovision
durch Mängel des vermittelten Geschäfts
beeinträchtigt?
in B1GBW 1969, 81 ff.
- Hecker/Götze Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Der Immobilienmakler, 2. Auflage
Hamburg/Berlin 1972.
- Kleinknecht Kommentar zur Strafprozeßordnung,
30. Auflage 1971.

- Knieper Der Maklervertrag im System des BGB
in NJW 1970, 1293 ff.
- Krause Studien zum Recht des Grundstücks-
maklers in Festschrift für Molitor,
München-Berlin 1962.
- Kubisch Die Reform des Maklerrechts
in AIZ 1958, 1 ff.
- Kubisch Anmerkung zu der Entscheidung des OLG
Köln (NJW 1968, 2011)
in NJW 1969, 53.
- Lorenz Allgemeiner Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts, 2.Auflage
München 1972.
- Lorenz Lehrbuch des Schuldrechts I. Bd
Allgemeiner Teil, 10. Auflage
München 1970.
- Lorenz Lehrbuch des Schuldrechts II. Bd
Besonderer Teil, 9. Auflage München 1968
und 10. Auflage 1969.
- Lorenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960.
- Lorenz Richterliche Rechtsfortbildung als
methodisches Problem
in NJW 1965, 1 ff.
- Leisau Die Rechtsbeziehungen zwischen Auf-
traggeber und Makler im Maklervertrag,
Diss. Hamburg 1967.
- Leyser Ein Vergleich zwischen Maklervertrag
und Werkvertrag mit Berücksichtigung
der geschichtlichen Entwicklung,
Diss. Erlangen 1903.
- Lieb/Westhoff Voraussetzungen und Abgrenzung von
richterlicher Inhaltskontrolle und
Rechtsfortbildung
in DB 1973, 69.
- Locher Neuregelung der Berufsausübung privater
Baubetreuer und Bauträger
in NJW 1975, 98.
- Löden Atypische Maklerverträge im Grund-
stücksverkehr, Diss.Hamburg 1966.
- Lopau Anmerkung zu BGH NJW 1973, 1971
in NJW 1973, 1971.

Löwe	Entwicklungstendenzen im Maklerrecht in ZRP 1971, 221 ff.
Medicus	Die Entwicklung des bürgerlichen Rechts seit 1900 in JA 1971, 343.
Mittelstädt	Der Maklervertrag (insbesondere der Grundstücksmaklervertrag) unter besonderer Berücksichtigung der Recht- sprechung des RG und der Oberlandes- gerichte, Diss. Kiel 1932.
Mormann	Die Rechtsprechung des BGH zum Makler- recht des BGB in WM 1968, 954 ff; WM 1971, 1066 ff.
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bd II - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1896.
Mugdan	Die gesamten Materialien zum Bürger- lichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II.Bd - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Neumann-Duesberg	Irrelevanz des Darlehns-Theorienstreits in NJW 1970, 1403 ff.
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz- buch, 31. Auflage München 1972.
Pawlowski	Der Prima-Facie-Beweis bei Schadens- ersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Göttingen 1966.
Petters-Preisendanz	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Auflage 1974.
Pöschmann	Commentar zu dem bürgerlichen Gesetz- buch für das Königreich Sachsen - 2.Bd, Leipzig 1865.
Pollaczek	Die rechtliche Natur des Maklervertrags nach dem Rechte des BGB und dem neuen HGB, Diss. Leipzig 1905.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetz- buchs Bd. II - Recht der Schuldver- hältnisse, Berlin 1898.
Redeker	Legitimation und Grenzen der richterlichen Rechtsforbildung in NJW 1972, 409 ff.

Resolution	des Deutschen Maklertags zum Maklerverbot der SPD in AIZ 1973, 197.
Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGRK)	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH, herausgegeben von den Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern II.Bd, 1. Teil - Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433 - 704), 11. Auflage Berlin 1959.
Riesenfeld	Der Civilmäkler, Beiträge zu der Lehre von den Agenten in Gruchot 36, 790 ff; 37, 27 ff, 257 ff, 530 ff, 810 ff.
Rompf	Das Berufszulassungsgesetz für Immobilienmakler kommt in AIZ 1972, 116 ff.
Rosenberg	Die Beweislast, 4. Auflage München/Berlin 1956. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage München und Berlin 1961.
Rospatt	Zwei Streitfragen des Mäklervertrags in Gruchot 45, 546 ff.
Roßberg/Schmidt	Einige Überlegungen zum Maklerberufsverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht in AIZ 1973, 316.
Rother	Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München/Berlin 1965.
Rust	Der "Alleinauftrag" des Immobilienmaklers in MDR 1957, 205 ff.
Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 2. Auflage Bonn/Neuwied 1970.
Schmidt-Salzer	Vertragsabschluß im Maklerrecht in MDR 1969, 182. Wirksamkeitsgrenzen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in JA 1973, 571.
Siegers	Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln (NJW 1968, 2011 ff) in NJW 1968, 2011.

- Soergel-Siebert-Mormann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II.Bd - Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433 - 853), 9. Auflage Stuttgart 1962 und 10. Auflage 1969
und Bd. 3 - Schuldrecht II (§§ 611 - 853), 10. Auflage 1969.
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen II.Bd - Recht der Schuldverhältnisse 3. Teil: §§ 611 - 704, 11. Auflage Berlin 1958
und 9. Auflage 1929 (§§ 631 - 853).
- Thomas-Putzo Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 5. Auflage München 1971.
- Ullrich Rechtslexikon für den Immobilienmakler, 2. Auflage Neuwied und Berlin 1972.
- Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Bonn März 1974.
- Warncke Der Begriff des Alleinauftrags in der Rechtsprechung in MDR 1961, 725 ff.
- Werner Wirksamkeit und Bedeutung der Vorkenntnisklausel in Maklerverträgen in NJW 1971, 1924.
- Zöllner Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Auflage München 1974.

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

aaO	am angegebenen Ort
aA	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aE	am Ende
aF	alter Fassung
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz- entwurf	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AIZ	Allgemeine Immobilienzeitung (offizielles Organ des Ring Deutscher Makler)
Anh.	Anhang
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks- Bau- u. Wohnungsrecht
Bolz	Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
D	Digesten
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
E	Entwurf
GG	Grundgesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.d.R.	in der Regel

XIV

i.S.	im Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring (Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot	Motive
nF	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
preuß ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Prot	Protokolle
RDM	Ring Deutscher Makler
Recht	Rundschau für den deutschen Juristenstand
RGRK (BGB)	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr	Rechtsprechung
RT	Reichstag
s.	siehe
sächs BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten
TB	Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Bonn März 1974 (Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen)
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, begründet von Warneyer
WM	Wertpapiermitteilungen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

E I N L E I T U N G

A) Reformdiskussion

Der auf dem SPD-Bundesparteitag 1973 in Hannover am 13.4.1973 gefaßte sogenannte Maklerbeschluß, der das Verbot des Immobilienmaklers¹⁾ vorsah, war der vorläufig spektakulärste Beitrag zur Reformdiskussion im Maklerrecht. Dieser Vorschlag, der auch innerhalb der SPD selbst nicht mehr ernsthaft diskutiert wird - und dies nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen²⁾ - ist in seiner Schärfe nur aus den krassen Mißständen erklärlich, die auf dem Gebiet des Maklerwesens vor allem früher herrschten. Beklagt schon Mittelstädt in seiner Dissertation im Jahre 1932, daß "solche Makler vielfach zum Schaden des Publikums und der Allgemeinheit tätig geworden sind"³⁾, so hat sich die Lage seitdem eher noch verschlechtert. Grundstücke sowie Wohnungen sind angesichts der Boden- und Wohnungsknappheit⁴⁾ gesuchte Wert- bzw. Spekulationsobjekte geworden, auch wurde die "Gesellschaft - zumal in den Großstädten - mobiler"⁵⁾. Die fehlende Transparenz des Immobilienmarkts insbesondere in den Ballungsräumen führte zur Bildung eines Maklermonopols.

1) Diese Dissertation befaßt sich mit dem Zivilmakler und hierbei insbesondere - aber nicht nur - mit dem Immobilienmakler, der das Hauptkontingent der Makler stellt (nach Schätzungen von Angermann in AIZ 1973, 202 gibt es etwa 12.000 Immobilienmakler).

2) Möglicher Verstoß gegen die in Art. 12 GG verankerte Berufsfreiheit - vgl. Roßberg/Schmidt in AIZ 1973, 317.

3) Mittelstädt, S.18.

4) Die in jüngster Zeit zu beobachtende gegenläufige Entwicklung (Wohnungshalden, Konkurse vieler Baugesellschaften) ist nur vorübergehender Natur. Die aus dem Schrumpfungsprozeß in der Bauwirtschaft sich ergebende geringe Bautätigkeit und die daraus resultierende Verringerung des Wohnungsangebots wird wieder zu einer Übernachfrage nach Wohnungen führen.

5) Knieper NJW 1970, 1293.

Gerade der Immobilienmarkt versprach für den Vermittler¹⁾ den höchsten Profit, nimmt doch die Provision, die sich "Üblicherweise nach einem Hundertsatz"²⁾ des Wertobjekts bemißt, an der inflationären Preisentwicklung im Bodensektor teil. Daher ist es nicht verwunderlich, daß auch unlautere Personen den Zugang zum Maklerberuf suchten. Da bis vor kurzem noch die Ausübung des Maklerberufs an keinen Erlaubnisvorbehalt geknüpft war, konnten einige wenige betrügerische Makler ihren Auftraggebern hohen wirtschaftlichen Schaden zufügen³⁾. Die repressive Gewerbeunter-sagung gem. § 35 GewO bot dagegen nur unzureichenden Schutz. Ebenso wenig konnten die Maklerverordnungen in den einzelnen Bundesländern⁴⁾, die nur Buchführungs-, Auskunft- und Aufbewahrungspflichten des gewerblichen Maklers vorsehen, die Mißstände wirksam bekämpfen. Nicht nur die finanziell Geschädigten, sondern auch die durch einige unseriöse Vermittler in Mißkredit gebrachten zuverlässigen Makler fordern daher seit jeher einen Erlaubnisvorbehalt für den Maklerberuf. So schlug eine Kommission auf dem außerordentlichen Maklertag in Bad Salzuflen am 26.10.1957 eine Änderung der GewO vor, nach der die Erlaubnis zur Ausübung des Maklergewerbes an Fachkunde und Zuverlässigkeit geknüpft war⁵⁾.

1) Der Makler wird auch als Vermittler bezeichnet (vgl. z.B. Palandt-Thomas Einf. vor § 652 A.2 BGB). Im Unterschied zu dem Vermittler i.S.d. normalen Sprachgebrauchs (=Unparteiischer, Schlichter) hat der Vermittler i.S.d. Maklerrechts die Interessen einer Partei - seines Auftraggebers - wahrzunehmen (dazu später ausführlicher).

2) BGH NJW 1967, 1366

3) Lt. Auskunft des Bundesministeriums für Wirtschaft v. 4.2.1974 im Zeitraum 1968 - 1970 170 Millionen DM Schaden.

4) Abgedruckt in Ullrich: Rechtslexikon für den Immobilienmakler S. 172 ff.

5) Krause AIZ 1958, 3.

Mit derselben Anregung wird der RDM (Ring Deutscher Makler) - ein freiwilliger Zusammenschluß von etwa 3.600 Maklern¹⁾ - seit 1956 beim Gesetzgeber vorstellig²⁾. Mit Änderungsgesetz vom 16.8.1972 (BGBl I, S. 1465) trug der Gesetzgeber schließlich diesen Wünschen Rechnung und bestimmte in § 34c Abs. 1, 2 nF GewO eine Erlaubnispflicht für gewerbliche Makler der Immobilienbranche. Allerdings ist zum Leidwesen nicht nur des RDM³⁾ die Erlaubnis nur an den Nachweis der Zuverlässigkeit und der geordneten Vermögensverhältnisse, nicht aber an einen Fachkundenachweis geknüpft, was sich aus verfassungsrechtlichen Bedenken erklärt⁴⁾.

Um Mißstände insbesondere bei der Wohnungsvermittlung zu beseitigen, wurde das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung⁵⁾ erlassen.

Schließlich sind in diesem Zusammenhang auch die in größeren Städten seit 1971 eingerichteten kommunalen Wohnungsvermittlungen zu nennen.

So sehr diese Reformen auch zu begrüßen sind, so sind sie jedoch noch als zu unzureichend anzusehen, wie sich zeigen wird⁶⁾.

1) Feldmann AIZ 1973, 250.

2) Vgl. Resolution des Deutschen Maklertags 1973 zum Maklerverbot der SPD AIZ 1973, 197.

3) Vgl. Rompf AIZ 1972, 118.

4) Möglicher Verstoß gegen Art. 12 GG - vgl. auch Rompf aaO.

5) Dieses Gesetz ist als Artikel 9 des sog. Artikelgesetzes verkündet worden, d.h. des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen v. 4.11.1971 (BGBl S. 1745).

6) Es sei hier auf die auch für das Maklerrecht bedeutsame geplante Reform des Rechts der AGB hingewiesen (Reformkommission des Bundesjustizministeriums) vgl. AGB-Gesetzentwurf (Anhang).

Absicht der vorliegenden Arbeit ist es, die gesetzliche Regelung des Maklerrechts im BGB und seine Fortbildung durch die höchst-richterliche Rechtsprechung darzulegen und kritisch zu würdigen. Hierbei sollen die Ursachen dafür untersucht werden, daß das Maklerrecht zum "großen Teil Richterrecht"¹⁾ ist. Auch wird zu prüfen sein, ob die Judikatur die anstehenden Probleme befriedigend löste, oder ob erneut ein Eingreifen des Gesetzgebers zu fordern ist.

B) Geschichtliche Einführung

I. Das Maklerwesen besaß bereits im Römischen Reich eine große Bedeutung²⁾. Es gab viele Makler (D 50, 14, 1: "ut multi solent"). Diese wickelten ihre Geschäfte bereits in Büros (D 50, 14, 3: "officinae") ab. Wenn auch der wirtschaftliche Wert der Maklertätigkeit anerkannt wurde - die Makler waren nützlich (D 50, 14, 3: "utiles") -, so galt andererseits das Maklergewerbe als anrüchig, als schmutzig (D 50, 14, 3: "sordidum"). Diese Wertung spiegelt sich in der rechtlichen Beurteilung wider. Der Maklervertrag wurde als selbständiger klagloser Innominatkontrakt angesehen³⁾. Aus dem Maklervertrag selbst konnten keine klagbaren vertraglichen Pflichten abgeleitet werden. Der Makler war nicht zum Tätigwerden verpflichtet. Andererseits entstand ein Anspruch auf die Gegenleistung - die Vergütung - erst dann, wenn der proxeneta (Makler) die Vorleistung erbracht und das gewünschte Geschäft vermittelt hatte.

1) Moormann WM 1968, 954

2) Vgl. D 50, 14, 1-3 (de proxeneticis); Leyser, S.12; Pollaczek, S.10; Riesenfeld in Gruchot 37, 60.

3) Riesenfeld in Gruchot 36, 795.

Dieses proxenetikum (Maklerlohn) konnte der römische Vermittler allerdings nicht in einem gerichtlichen Verfahren (in iudicio) einklagen, insbesondere war ihm die actio mandati versagt. Er war vielmehr auf die extraordinaria cognitio beschränkt¹⁾. Im entsprechenden Kognitionsverfahren entschied nicht ein vom Magistrat bestellter Richter (iudex), sondern der Magistrat selbst, der die Höhe des proxenetikum nach billigem Ermessen festsetzen konnte²⁾.

II. In Deutschland entwickelte sich erst im Mittelalter mit dem Aufblühen des Handels ein erwähnenswertes Maklergewerbe. Um das auch damals bereits problematische "Eindringen vieler unlauterer Elemente in den Stand der Vermittler"³⁾ zu verhindern, stellten die einzelnen Stadtrechte Maklerordnungen auf: Die Ausübung des Maklerberufs war darin nur amtlich bestellten und vereidigten Maklern erlaubt⁴⁾. Die nichtöffentliche Vermittlung durch die sogenannten "Winkel- oder Pfuschkäler", "Bönhasen" oder "Pfuscher"⁵⁾ war bei Strafe untersagt.

Das Monopol des amtlich bestellten Maklers wurde erst durch das "Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" (ADHGB) von 1861 beseitigt, das dem Gedanken der Gewerbefreiheit Rechnung trug. Neben dem "amtlich bestellten Vermittler für Handelsgeschäfte" (Art. 66 ADHGB) durfte nun auch der nicht amtlich zugelassene gewerbsmäßige Vermittler von Handelsgeschäften für andere Personen (Art. 272 Ziff. 4 ADHGB) tätig werden, der "Privathandelsmäkler"⁶⁾.

1) Riesenfeld in Gruchot 37, 32; Erman - Wagner § 652 A. 1; Mot II, 510; Gerhard v. Buchka, S. 121.

2) Pollaczek, S. 10; Löden, S. 31.

3) Riesenfeld in Gruchot 36, 795.

4) Leisau, S. 4; Leyser, S. 15.

5) Riesenfeld aaO, 791; Leyser aaO.

6) Riesenfeld aaO, 793.

Zugleich gewann mit der Einführung des ADHGB eine dritte Gruppe, die der Zivilmakler, an Bedeutung. Art. 67 ADHGB begrenzte nämlich den Kreis der Handelsgeschäfte; die Vermittlung von nicht in Art. 67 ADHGB aufgeführten Geschäften konnte nur mehr zivilrechtlich beurteilt werden. So wurde insbesondere der Immobilienmakler aus dem Kreis der Handelsmakler ausgeschlossen, weil man sich scheute, Grundstücke als Waren im Sinne des Handels anzusehen¹⁾; auch war das Immobilienrecht in den einzelnen deutschen Bundesstaaten zu verschieden²⁾. Art. 275 ADHGB nahm daher auch expressis verbis die Verträge über unbewegliche Sachen von den Handelsgeschäften aus, dementsprechend war die Vermittlung von Immobilienverträgen ebenfalls kein Handelsgeschäft.

Die Neufassung des HGB vom 10.5.1897 (Inkrafttreten 1.1.1900) beseitigte zwar das Institut des amtlich bestellten Handelsmaklers vollends, behielt aber die Trennung zwischen Handels- und Zivilmakler bei. Insbesondere ordnete der Gesetzgeber den Immobilienmakler ausdrücklich (§ 93 Abs. 2 HGB) weiterhin dem Zivilrecht zu. Man glaubte, das formstrenge und komplizierte Bodenrecht lasse sich nicht mit den Bedürfnissen eines auf schnellen Güterumsatz gerichteten Handelsverkehrs vereinbaren³⁾. Angesichts der Bedeutung des Zivilmaklers entschloß sich der Gesetzgeber jedoch nun auch zur Regelung des Maklerrechts im neuzuschaffenden BGB vom 18.8.1896, das zugleich mit dem HGB in Kraft trat (1.1.1900).

Vor Schaffung des BGB war das Recht des Zivilmaklers im Gegensatz zu dem des Handelsmaklers kaum gesetzlich festgelegt. Die rechtliche Einordnung war im gemeinen Recht sowie in den Partikularrechten ungeklärt und streitig.

1) Gareis - Fuchsberger, S. 602.

2) R. Försch Art. 275 A. 1.

3) Vgl. Düringer - Hachenburg § 93 A.8;
Knieper NJW 1970, 1293.

Bei der Rezeption des römischen Rechts Mitte des 15. Jahrhunderts ergab sich die Schwierigkeit, daß das proxeneticum nicht einklagbar war, während das gemeine Recht vom Grundsatz der Klagbarkeit aller schuldrechtlichen Verträge¹⁾ ausging. Bei dem Versuch, den Maklervertrag in die klagbaren römischen Vertragsformen einzuordnen, konnte man sich nicht darüber einigen, ob die Vorschriften des Dienstvertrags-, Werkvertrags- oder Auftragsrechts analog heranzuziehen oder aber gar die Grundsätze des Innominatkontrakts anzuwenden seien²⁾.

Im preußischen Recht war umstritten, ob der zivilrechtliche Maklervertrag als ein nach preuß ALR I 11 §§ 869 ff zu beurteilender Vertrag über Handlungen oder als Vollmachtsauftrag gem. preuß ALR I 13 §§ 5 ff zu behandeln sei³⁾; eine spezielle gesetzliche Regelung fehlte. Die im preuß ALR II 8 §§ 1305 - 1388 enthaltenen Maklervorschriften, die gem. Art. 60 preuß EGHGB von 1861 wieder aufgehoben wurden, betrafen nur den amtlich bestellten Makler.

Während auch das "Württembergische Landesrecht von 1610" von einer entsprechenden Normierung absah⁴⁾, bestimmte der "Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1765" immerhin, daß die Vergütung nach "verrichteter Mühe" zu zahlen sei (Cod Teil IV, Kap. 6, § 6), und daß die Vermittlung als Dienstmiete anzusehen sei⁵⁾.

1) Pollaczek, S. 11; Löden, S. 31.

2) Mot II, 510.

3) RG in Gruchot 24, 985; Riesenfeld in Gruchot 37, 40; Mot aaO.

4) Riesenfeld in Gruchot 37, 49.

5) In Cod Teil IV, Kap. 9, § 16 S. 2 wird der Vermittler als "locator operarum" bezeichnet.

Auch der spätere bayerische Entwurf einer zivilrechtlichen Neuregelung von 1861 behandelte Maklerfragen lediglich innerhalb des Abschnitts über den Auftrag (Art. 702)¹⁾. Als einziges Partikularrecht Deutschlands regelte das "Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863" das Recht des Zivilmaklers eingehender²⁾: In §§ 1254 - 1259 entwickelte es den Maklervertrag als Vertrag eigener Art, der von ähnlichen Verträgen abzugrenzen sei. Der Maklervertrag wird in § 1254 als ein durch den Abschluß des Hauptvertrages bedingtes Lohnversprechen angesehen³⁾. Der Makler ist zur Entfaltung einer Vermittlungstätigkeit nicht verpflichtet (§ 1255), dem Auftraggeber andererseits steht es frei, den vom Makler vermittelten Hauptvertrag zu schließen (§ 1256).

III. Vor dieser Situation stand der Gesetzgeber bei der Schaffung eines einheitlichen BGB. Die Forderung nach der Kodifizierung des Rechts des Zivilmaklers war unabweisbar geworden.

Neben der Gruppe der Handelsmäkler blieb eine große Zahl von Zivilmaklern übrig, insbesondere "die in den großen Städten sich findenden sogenannten Häusermäkler"⁴⁾. Wegen der ungenügenden Normierung im gemeinen Recht bzw. in den Partikularrechten war das Maklerrecht - bereits damals schon - "ein Gebilde der Rechtsprechung"⁵⁾.

1) Mot II, 510

2) Art. 675 - 680 des "Dresdener Entwurfs eines Obligationenrechts v. 1866" folgen diesem Vorbild.

3) Motive zu sächs BGB § 1254 in Pöschmann, S. 271.

4) Mot II, 511.

5) Riesenfeld in Gruchot 37, 820.

Riesenfeld beklagt 1893 die durch eine divergierende Rechtsprechung der Gerichtshöfe hervorgerufene Rechtsungleichheit und Rechtsunsicherheit¹⁾.

Der Gesetzgeber entschloß sich, Rechtsklarheit zu schaffen; er wollte insbesondere "die Entscheidung der Frage (nämlich, an welche Voraussetzungen das Entstehen des Maklerlohnanspruchs geknüpft sei²⁾) nicht der Praxis Überlassen"³⁾. Zudem sollte neben strafrechtlichen und gewerbepolizeilichen Reaktionen auch das bürgerliche Recht seinen Beitrag zur Beseitigung der Mißstände im Maklerwesen leisten. Wie die heutigen Bemühungen um Neuregelung zeigen⁴⁾, befriedigte die bürgerlich-rechtliche Kodifizierung des Maklerrechts nicht. "Die schmale gesetzliche Regelung läßt viele Fragen offen"⁵⁾, sie ist unzulänglich⁶⁾. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Gesetzgeber seine Aufgabe, soweit er sie überhaupt erkannte, unvollständig und übervorsichtig löste. Er war sich über die Tragweite der zu treffenden Entscheidung und die Problemlösung im unklaren. Man mag dem Gesetzgeber dabei zugute halten, daß er die seit 1900 sprunghaft zunehmende volkswirtschaftliche Bedeutung⁷⁾ des Zivilmaklers nicht vorhersehen konnte.

1) Riesenfeld aaO.

2) Ergänzung vom Verfasser.

3) Mot II, 512.

4) Z.B. Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung, § 34c nF GewO v. 1.2.1973, §§ 302f, 302e StGB, § 2c WiStG v. 4.11.1971 (§ 302f StGB ist auch auf den Makler anwendbar, vgl. Dreher § 302f A. 2 B; aA Petters - Preisendanz § 302f A. 3, der § 302e StGB anwendet).

5) Mormann WM 1968, 954.

6) Vgl. Palandt - Thomas Einf. v. § 652 A. 1 BGB.

7) Vgl. Knieper NJW 1970, 1293; Krause Festschrift f. Molitor, S. 383.

Als Hauptmangel läßt sich das Fehlen einer Aussage über Wesen und Rechtsnatur des Maklervertrags feststellen. Der Normgeber ließ diese Frage bewußt offen. Er hielt es sogar für "bedenklich, für den bürgerlichen Mäklervertrag, welcher erfahrungsgemäß in den verschiedensten Gestalten und mit dem abweichendsten Inhalt vorkommt, so häufig derselbe auch in der Gegenwart sein mag, eine Rechtsregel aufzustellen, welche für viele Fälle paßt, während sie für andere Fälle unpassend erscheint"¹⁾.

Folgerichtig wird die Frage der Rechtsnatur des Maklervertrags nicht entschieden, der "mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages"²⁾, haben kann, was bereits Riesenfeld 1893 für eine befremdliche Ansicht hält³⁾. Ungeachtet dessen wird aber dem Maklervertrag im 2. Buch 7. Abschnitt (Einzelne Schuldverhältnisse) des BGB u.a. neben den selbständigen Vertragstypen: Werkvertrag, Dienstvertrag, Auftrag ein eigener Titel (8. Titel) eingeräumt. Damit hat der Gesetzgeber zumindest rechtssystematisch den Maklervertrag als eigene Vertragsart anerkannt, was ihn aber nicht hindert, im gleichen Zuge diese Selbständigkeit zu leugnen: "Im Entwurf ist davon ausgegangen, daß der Mäklervertrag, abgesehen von § 580 (= § 652 nF Anm.d.Verf.), der sich mit der Frage befaßt, unter welchen Voraussetzungen der Mäkler die Mäklergebühr verlangen kann, einer näheren Regelung nicht bedarf, sondern zu seiner Beurteilung je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge bzw. die für den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder das Mandat geltenden Normen ausreichen"⁴⁾.

1) Mot II, 511.

2) Mot II, 511.

3) Riesenfeld in Gruchot 37, 838.

4) Mot II, 510.

Die Rechtslage im Maklerrecht hat sich somit gegenüber dem gemeinen Recht kaum verändert, wo man ebenfalls die Regeln des Dienstvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrechts heranzog. Gegenüber dieser mangelhaften Konzeption wurde bald die Forderung nach einer eingehenderen Behandlung des Maklerrechts laut und der Vorwurf der Unvollständigkeit erhoben¹⁾. Ein Gegenentwurf zum BGB sah prophetisch "eine Fülle der widerwärtigsten Prozesse entstehen, denn die wichtigsten Fragen bleiben offen"²⁾. Es blieb der Rechtsfortbildung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung überlassen, den wenigen gesetzlichen Vorschriften ein "gesetzliches Leitbild des Maklervertrags"³⁾ zu entnehmen und diesem entsprechend den Inhalt sowie die Rechtsnatur des Maklervertrags genauer zu bestimmen.

Dies wird im Ersten Teil der Arbeit zu schildern sein.

Enthielt sich der Gesetzgeber einer Aussage zu Wesen und Rechtsnatur des Maklervertrags, so regelt er die Voraussetzungen für das Entstehen des Lohnanspruches näher. Doch auch diese gesetzliche Festlegung erwies sich als unvollkommen, wie im Zweiten Teil zu zeigen sein wird.

Die Makler gingen auch bald dazu über, die dispositive⁴⁾, ihnen ungünstige gesetzliche Regelung mittels Einzelvereinbarung, Formularvertrag und insbesondere durch Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu ihrem Vorteil abzuwandeln.

1) Vgl. Riesenfeld in Gruchot 37, 836.

2) Baer, Gegenentwurf zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Kassel 1892, S. 134, zitiert nach Riesenfeld aaO.

3) BGH NJW 1965, 246; BGH NJW 1966, 1406; BGH NJW 1967, 1226; BGH NJW 1973, 1194, 1459.

4) Z.B. RG in Recht 1908, Nr. 2920; RG JW 1911, 94¹⁶; RG WarnR 1929, S 103 (Nr. 60); BGH NJW 1966, 1406; BGH NJW 1973, 1194.

Ob und wie die höchstrichterliche Rechtsprechung die daraus entstehenden Probleme löste, bildet Gegenstand der Untersuchung im Dritten Teil.

Es wird die - sich aus dieser vom Gesetz abweichenden Vertragspraxis ergebende - Frage zu beantworten sein, ob sich im Maklerrecht ein Strukturwandel vollzogen hat, ob etwa der Maklervertrag einem neuen Leitbild zustrebt.

Schließlich wird zu prüfen sein, ob eine Änderung oder Ergänzung der den Zivilmakler betreffenden Gesetzesvorschriften erforderlich ist.

Dies wird in der Schlußbetrachtung erörtert werden.

ERSTER TEIL

INHALT, EIGENART UND RECHTSNATUR DES MAKLERVERTRAGS

Erster Abschnitt: Allgemein

Inhalt sowie Rechtsnatur des Maklervertrags ergeben sich aus Art und Umfang der gegenseitigen Rechte bzw. Pflichten des Maklers und des Auftraggebers.

Die gesetzliche Regelung befaßt sich beinahe ausschließlich¹⁾ mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Makler seine Provision fordern kann. § 652 Abs. 1 BGB betrifft die Entstehung, § 653 Abs. 2 BGB die Höhe der Provision; § 654 BGB bestimmt die Verwirkung des Maklerlohns bei vertragswidriger Doppeltätigkeit; § 655 BGB (Arbeitsvermittlung) ist praktisch gegenstandslos und § 656 BGB (Heiratsvermittlung) eine "wenig bedeutsame Spezialvorschrift"²⁾.

Gesetzliche Tatbestandsmerkmale (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB) für das Entstehen des Anspruchs auf Maklergebühr sind: Abschluß eines gültigen Maklervertrags und das rechtswirksame Zustandekommen des vom Auftraggeber gewünschten Hauptvertrags aufgrund der Maklertätigkeit. Der Maklervertrag allein erzeugt also noch keine Provisionszahlungspflicht - und dies ist seine Besonderheit³⁾.

Auf die ebenfalls wichtige Frage, ob bereits in einem Vorstadium Pflichten der Beteiligten bestehen, auf das Zustandekommen des Hauptvertrags hinzuwirken, gibt das Gesetz selbst keine Antwort.

1) Was auch Riesenfeld in Gruchot 37, 827 bereits 1893 beklagt.

2) Pal.-Thomas Einf. vor § 652 A. 1 BGB.

3) Aus diesem Grund wird auf die Provisionszahlungspflicht und seine Voraussetzungen in einem eigenen Teil (Zweiter Teil) eingegangen werden.

Es ist unentschieden, ob der Maklervertrag den Makler zur Entfaltung einer Vermittlungstätigkeit¹⁾ verpflichtet. Andererseits fehlt eine klare gesetzliche Aussage darüber, ob und wie der Auftraggeber an den Maklervertrag gebunden ist: Ist der Maklervertrag jederzeit widerrufbar, kann der Auftraggeber auch ohne Mitwirkung des beauftragten Vermittlers mit einem selbst oder von einem anderen Makler gefundenen Interessenten abschließen, oder kann der Auftraggeber sogar den Abschluß des vom Makler vermittelten gewünschten Hauptvertrags verweigern? Auch schweigt sich das Gesetz - abgesehen von § 654 BGB - über sonstige beiderseitige Rechte und Pflichten aus, während es diese bei verwandten Vertragsarten ausführlicher geregelt hat (§§ 618, 629, 630; 633 Abs 1, 640, 642; 663, 665 Abs.1 S. 2, 666, 668, 669 BGB).

Zweiter Abschnitt: Tätigkeitspflicht des Maklers

- A) Der Gesetzeswortlaut des § 652 BGB (grammatische Auslegung) bestimmt nur die Art der Maklertätigkeit (Nachweis, Vermittlung), nicht jedoch eine entsprechende Tätigkeitspflicht. Aus dem Umstand, daß bei vergleichbaren Verträgen eine Tätigkeitspflicht des Dienstverpflichteten (§ 611 Abs.1 BGB), des Unternehmers (§ 631 Abs. 1 BGB), ja sogar des unentgeltlich tätigwerdenden Beauftragten (§ 662 BGB) normiert wird, könnte auf ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß nämlich der Makler eben nicht verpflichtet sei. Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien (historische Auslegung) zeigen jedoch, daß man bewußt von einer diesbezüglichen Festlegung absah.

1) § 652 BGB unterscheidet zwischen "Nachweis" und "Vermittlung" als mögliche Arten der Maklertätigkeit. Im folgenden wird der Begriff der Vermittlung für beide Arten verwendet, sofern nicht eine ausdrückliche Abgrenzung getroffen wird. (Ebenso wird im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung verfahren - vgl. a. Legaldefinition des "Wohnungsvermittlers" in § 1 Abs. 1).

Der Gesetzgeber hielt es wegen der möglichen Spielarten des Maklervertrags, der "in der verschiedensten Gestalt und mit dem abweichendsten Inhalt vorkommt"¹⁾, nicht für ratsam, sich für oder gegen eine Bindung des Maklers zu entscheiden. Die den Makler von einer Tätigkeitspflicht freistellende Norm § 1255 sächs BGB²⁾ erschien "bedenklich"³⁾. Um dennoch aufkommende Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansicht zu zerstreuen, betonten die Gesetzesmaterialien, daß das Gesetz dadurch auch nicht lückenhaft werde; etwaige Probleme ließen sich mit der Ausforschung des Parteiwillens und der Heranziehung der Verkehrssitte lösen⁴⁾.

Mag auch eine solche Lösung im Einzelfall zu interesssegerechten Ergebnissen führen, so konnte aus der mangelhaften Gesetzeskonzeption selbst keine Ordnungs- und Leitbildfunktion⁵⁾ entstehen. Mangels einer klaren Aussage bestand die Gefahr, daß Auftraggeber bzw. Makler über die Frage der Tätigkeitspflicht (des Maklers) streiten und einen - weder von ihnen noch von den Gerichten erwünschten - Prozeß führen würden. Auch Riesenfeld kritisiert bereits damals (1893) die mangelhafte Abgrenzung des Maklervertrags von anderen Verträgen; er sieht gerade die Ungebundenheit des Maklers als ein den Maklervertrag von verwandten Verträgen unterscheidendes Merkmal an⁶⁾.

1) Mot II, 511.

2) § 1255 sächs BGB: "Eine Klage auf Nachweisung oder Vermittlung findet wider den Makler nicht statt".

3) Mot II, 511.

4) Mot II, 511.

5) Vgl. Pal.-Heinrichs Einf. vor § 145 A. 6Dd BGB.

6) Riesenfeld in Gruchot 37, 847.

Die Bedenken des Gesetzgebers dagegen, wegen der möglichen Vielgestaltigkeit des Maklervertrags eine allgemeine Rechtsregel aufstellen zu sollen, sind nicht stichhaltig, gerade weil § 652 BGB als dispositives Recht von den Parteien vertraglich ausgestaltet werden kann. Eine klare gesetzliche Grundregel wäre nämlich hierbei nicht hinderlich, sondern im Gegenteil den Parteien erwünscht gewesen. So wären die in der Folgezeit auftretenden Streitigkeiten vermieden worden, die insbesondere auch daraus entstanden, daß die Makler die unklare Rechtslage mittels Verwendung von Formularverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu ihren Gunsten auszunutzen suchten.

- B) I. Ohne nähere Begründung, aber im Bemühen, ein "gesetzliches Leitbild des Maklervertrags"¹⁾ zu entwickeln, stellen das Reichsgericht (RG) sowie der Bundesgerichtshof (BGH) den Grundsatz auf, daß der typische Maklervertrag den Vermittler nicht zum Tätigwerden verpflichte: Eine Verpflichtung des Maklers entstehe erst bei "besonderer Abrede"²⁾, es "handele sich (dann - Anm.d. Verf.) also um einen Maklervertrag besonderer Art, bei dem es nicht, wie sonst meist, im Belieben des Maklers stand, ob er sich bemühen wollte oder nicht"³⁾ - so das RG.

1) BGH NJW 1965, 246; BGH NJW 1966, 1406; BGH NJW 1967, 1226; BGH NJW 1973, 1459.

2) RG JW 1915, 1351² (1352) (U.v. 28.9.1915); ebenso RG JW 1911, 758⁵ (U.v. 21.6.1911).

3) RG HRR 1932, Nr. 611 (U.v.10.11.1931).

Desgleichen verneint der BGH für den "gewöhnlichen Maklervertrag"¹⁾ eine Tätigkeitspflicht, während er zugleich eine solche für den Alleinauftrag, eine atypische Form des Maklervertrags, bejaht.²⁾

Soweit unter Berufung auf RG JW 1911, 758¹⁵ gefolgert wird, es sei "kein wesentliches Kennzeichen des Vertragstatbestandes, daß der Makler nur berechtigt, nicht auch verpflichtet werde, Bemühungen aufzuwenden"³⁾, so bedarf dies der Klarstellung. In der angezogenen RG-Entscheidung wird vom Grundtypus des "reinen"⁴⁾ Maklervertrags ausgegangen und als Typenmerkmal die Ungeboundenheit des Maklers bestimmt. Wenn nach RG ausnahmsweise eine Tätigkeitspflicht des Vermittlers vereinbart werden kann - was "besonderer Abrede"⁵⁾ bedarf - und dieser Vertrag "dadurch noch nicht sein Wesen als Maklervertrag verliert"⁶⁾, so ist damit lediglich der (dem Maklerrecht zuzuordnende) atypische Maklervertrag anerkannt⁷⁾.

1) BGH NJW 1966, 1406 (U.v.21.3.1966); ebenso
BGH NJW 1967, 199 (U.v. 9.11.1966).

2) Auf den Alleinauftrag, der, obwohl atypischer Maklervertrag, in der Praxis am häufigsten Verwendung findet, wird im Dritten Teil eingegangen werden.

3) Z.B. Würdinger - Komm.HGB 1.Bd. §§ 1 - 104 Vorb. 4 vor § 93.

4) d.i. die gewöhnliche, typische, dem Gesetz zugrunde liegende Normalform des Maklervertrags, der nicht durch eine von den §§ 652 ff BGB abweichende vertragliche Ausgestaltung in einen atypischen Maklervertrag umgewandelt wurde - s.a. Soergel-Siebert (10.Aufl.) vor § 652 A.1; Staudinger Vorb. v. § 652 A 1a; Enneccerus-Lehmann § 157 I 1a; Esser SchRI § 15 I (S.100).

5) RG JW 1915, 1351²⁾; RG JW 1911, 758¹⁵.

6) RG aaO.

7) Ebenso kritisiert Breiholdt AIZ 1968, 112 zu Recht, daß aus RG JW 1915, 1315 nicht gefolgert werden könne, der Maklervertrag nähere sich dem Dienstvertrag; in dem entschiedenen Fall war nämlich neben dem Maklervertrag noch ein zusätzlicher Dienstvertrag abgeschlossen worden.

II. Der im Wege der Rechtsfortbildung getroffenen Grundentscheidung zugunsten einer Verneinung einer Tätigkeitspflicht ist zuzustimmen.

Der Makler erfüllt eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Bereitet es zwar dem Interessenten einerseits keine besonderen Schwierigkeiten, einen schuldrechtlichen, auf Gütertausch gerichteten Vertrag zu schließen, so ist es doch andererseits schwer, das gewünschte Objekt oder den geeigneten Vertragspartner möglichst schnell zu finden und mit diesem angemessene Bedingungen unterschriftsreif auszuhandeln. Diese Lücke schließt der Makler als Mittler zwischen Angebot und Nachfrage. Der Vermittler ist in der Regel aufgrund seines Informiertseins, seiner Marktkennntnis imstande, seinem Auftraggeber in kürzester Zeit ein geeignetes Objekt zu marktgerechten Konditionen anzubieten. Auch nimmt der Makler vermöge seiner Sachkunde oft einem weniger geschäftsgewandten Auftraggeber etwa nötige Vorarbeiten und -planungen ab. Z.B. muß bei einem Grundstückskauf die Frage der Bebaubarkeit (Einsicht in den Bebauungsplan), der Belastungsfreiheit (Einsicht in das Grundbuch) vorweg geklärt, die Finanzierung sichergestellt werden. Wie der Satz: "Maklers Mühe ist oft umsonst"¹⁾ andeutet, trägt der Makler allerdings im Vorstadium vor Abschluß des gewünschten Hauptvertrags die Vergütungsgefahr. Die Provision ist Erfolgslohn und entsteht erst mit dem Hauptvertragsschluß. "Die Provision ist keine Vergütung für die Mühewaltung des Maklers, sondern ein Entgelt dafür, daß der Makler dem Auftraggeber die Möglichkeit zum Abschluß eines Geschäfts verschafft hat"²⁾.

Angesichts dieses Vergütungsrisikos wäre es unbillig, den Makler zu einem möglicherweise erfolglosen Tätigwerden rechtlich zu verpflichten. Ob und in welchem Umfang der Vermittler tätig werden will, ist ihm bzw. seiner Marktkennntnis zu überlassen.

1) Pal.-Thomas Einf. vor § 652 A. 1 BGB.

2) BGH NJW 1967, 1366.

Bestehen Erfolgsaussichten für den vom Auftraggeber gewünschten Geschäftsabschluß, so wird der Makler in eigenem (Provisions-) Interesse von sich aus Vermittlungsbemühungen entfalten. Im umgekehrten Fall wäre es wenig sinnvoll, den Makler zum (vergeblichen) Tätigwerden zwingen zu wollen.

Oft hat der Makler auch schon vor Abschluß des Maklervertrags geeignete Informationen gesammelt, die dann zum Hauptvertragsabschluß führen. Daß auch für diese bereits vorher geleisteten Dienste im Erfolgsfall Provision zu zahlen ist, hat das RG¹⁾ ausdrücklich klargestellt. Widersinnig wäre es auch in diesem Fall, vom Makler noch eine Tätigkeit nach Abschluß des Maklervertrags zu fordern.

Ist dem Auftraggeber im Einzelfall an intensiver Vermittlungstätigkeit gelegen, etwa bei eiligen oder schwierigen Geschäften, so kann er den Makler dazu ausdrücklich vertraglich verpflichten²⁾. Schließlich muß die Entscheidung gegen eine Tätigkeitspflicht des Maklers auch als gerechter Risikoausgleich dafür verstanden werden, daß der Auftraggeber seinerseits in seiner Entscheidung frei ist, ob er es zum Abschluß des gewünschten Hauptvertrags kommen lassen will.

Dritter Abschnitt: Entschließungsfreiheit des Auftraggebers

- A) I. Der Grundsatz der Entschließungsfreiheit besagt: Der Auftraggeber kann den Maklervertrag jederzeit durch einseitigen "Widerruf"³⁾ beenden; er kann das gewünschte Hauptgeschäft ohne

1) RG LZ 1911, 231 (U.v.11.11.1910).

2) I.d.R. durch Verwendung eines Alleinauftrages (dazu siehe Dritter Teil, Zweiter Abschnitt).

3) Vgl. Terminologie bei § 671 Abs. 1 (für Auftraggeber: "Widerruf" im Gegensatz zum Beauftragten: "Kündigung"); ebenso Rspr. und Literatur: vgl. BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGH NJW 1966, 1405; RGZ 22, 378 (380); RGZ 76, 361; Staudinger (11. Aufl.), § 652 RZ 49; Enneccerus-Lehmann SchR II § 158 III 1.

Beteiligung des zunächst beauftragten Maklers auch mit einem selbst gefundenen Interessenten oder mit Hilfe eines anderen Vermittlers abschließen; auch kann sich der Auftraggeber weigern, den ihm vom Makler nachgewiesenen oder vermittelten Vertrag abzuschließen, selbst wenn dieser günstiger als das von ihm erstrebte Geschäft sein sollte.

II. Zwar enthält § 652 BGB diesbezüglich keine ausdrückliche Aussage, jedoch kann dem Schweigen des Gesetzgebers eine entsprechende Wertung entnommen werden, wie der Vergleich zu ähnlichen Verträgen zeigt und die Gesetzesmaterialien bestätigen. Im vergleichbaren¹⁾ Dienstvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht ist die Gebundenheit des Dienstberechtigten in § 615 BGB (Annahmeverzug), des Bestellers in § 640 Abs. 1 BGB (Abnahmepflicht) und des Auftraggebers (i.S.d. § 662 ff BGB) in § 669 BGB (Vorschußpflicht) und § 670 BGB (Ersatz von Aufwendungen) ausdrücklich geregelt. Auch hat der Gesetzgeber in diesem Bereich eine gesetzliche Fixierung der Kündigung bzw. des Widerrufs für nötig gehalten: §§ 620, 621, 649, 671 BGB. Der Einwand, obige Normen seien erst recht im Maklerrecht heranzuziehen²⁾, wird durch den unterschiedlichen Schutzzweck und den erklärten Willen des Gesetzgebers selbst widerlegt. Eine gesetzliche Bindung des Dienstherrn, Bestellers, Auftraggebers (i.S.d. § 662 ff BGB) an den jeweiligen Vertrag rechtfertigt sich daraus, daß andererseits der Dienstverpflichtete, Unternehmer, Beauftragte im Gegensatz zum Makler zum Tätigwerden (§§ 611 Abs. 1, 631 Abs. 1, 662 BGB) und dabei sogar zur Vorleistung (§§ 614 Satz 1, 641 Abs. 1 S. 1, 670 BGB) verpflichtet sind.

1)Vgl. Mot II, 510.

2)Worauf Mot II, 510 scheinbar hindeuten, wonach diese "Rechtsnormen ausreichen".

Der Grundsatz der Entschliebungsfreiheit wird auch ausdrück-
lich in den Motiven¹⁾ anerkannt: "Die Fassung des § 580
(§ 580EI = § 652 BGB - Anm. d. Verf.) läßt mit genügender
Deutlichkeit erkennen, daß der Makler die versprochene Gebühr
selbst dann nicht verlangen kann, wenn sein Auftraggeber den
Abschluß des ausreichend vorbereiteten Vertrages willkürlich
verweigert oder sonst verhindert"²⁾.

Damit ist der Gesetzgeber dem römischen Recht und dem § 1256
sächs BGB gefolgt.

B) I. Auch das RG und der BGH gehen von dem Grundsatz der Ent-
schliebungsfreiheit des Auftraggebers aus, versuchen aber,
diese zu begrenzen.

1. Schon vor Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 bestätigte
das RG dem Auftraggeber, "Herr des Geschäfts zu sein"³⁾
und gestand ihm damit die Entschliebungsfreiheit zu. Auch
später wiederholt das RG diesen für den typischen Makler-
vertrag geltenden Grundsatz. Es betont das Recht des jeder-
zeitigen Widerrufs⁴⁾, worunter es zunächst nur neben dem
Widerrufsrecht i.e.S. (Beendigung des Maklervertrags) das
Recht zum Direktabschluß mit einem selbst gefundenen Inter-
essenten und die Möglichkeit, weitere Makler zu beauftragen,
versteht⁵⁾. Darüber hinaus verbindet das RG mit dem Begriff
des jederzeitigen Widerrufs auch das Recht, den vom Ver-
mittler nachgewiesenen oder vermittelten Vertrag abzulehnen.

1) Mot II, 512.

2) Mot aaO.

3) RG in Gruchot 28, 838 (U.v.17.5.1884).

4) RG JW 1905, 339⁹ (U.v.7.4.1905);
RG LZ 1911, 938 (939) (U.v.20.6.1911);
RGZ 101, 211 (U.v.12.1.1921).

5) Vgl. RG LZ aaO, wo RG dem Widerrufsverzicht die
entsprechende umgekehrte Bedeutung beilegt.

Diese Abschlußfreiheit, das vierte Element der EntschlieBungs-freiheit, billigt das RG dem Auftraggeber in späteren Ent-scheidungen ausdrücklich zu: Der Makler habe keinen Anspruch darauf, "daß das Geschäft vom Auftraggeber überhaupt ge-schlossen wird"¹⁾.

Der Grundsatz der Ungebundenheit des Auftraggebers kommt - wenn auch in anderem Zusammenhang - in weiteren RG-Entschei-dungen zum Ausdruck: Der Auftraggeber habe "freie Hand"²⁾ und brauche bei seiner EntschlieBung das Provisionsinteresse des Maklers nicht zu berücksichtigen³⁾.

2. Der BGH schließt sich dem RG an: Der Auftraggeber sei "grund-sätzlich nicht gehindert, daneben noch weiteren Maklern den gleichen Auftrag zu erteilen und sich selbst um den Verkauf zu bemühen"⁴⁾. Aus dem Maklervertrag, der jederzeit ein-seitig widerrufen werden könne⁵⁾, entstehe für den Auftrag-geber "keine Abschlußverpflichtung"⁶⁾, dies nicht einmal dann, wenn der vom Makler nachgewiesene oder vermittelte Hauptver-trag genau den Vorstellungen des Auftraggebers entspreche oder noch günstiger sei⁷⁾.

1) RG JW 1927, 657 (U.v.7.12.1926); ebenso RGZ 172, 191 (Bschl.v.15.12.1943).

2) RGZ 95, 136 (137) (U.v.12.3.1919); ebenso sinngemäß RG JW 1916, 585 (U.v.7.1.1916); RG JW 1922, 487 (488) (U.v.2.11.1921); RG in Recht 1924, S.296, Nr.1224 (U.v.3.2.1923).

3) RG Bolze Bd. 6, S.184, Nr.491 (U.v.21.4.1889).

4) BGH NJW 1961, 307 (U.v.17.11.1960).

5) BGH NJW 1966, 1404 (1405) (U.v.18.4.1966); BGH NJW 1967, 198 (199) (U.v.9.11.1966).

6) BGH NJW 1969, 1627 (1628) (U.v.28.5.1969); ebenso BGH NJW 1967, 199 (U.v.9.11.1966); BGH NJW 1967, 1225 (U.v.22.2.1967); BGH DB 1971, 1857 (1858) (U.v.21.4.1971).

7) BGH NJW 1967, 1225 (1226).

Die Einschaltung des Maklers solle grundsätzlich den Auftraggeber "nicht in seiner Entschliebungsfreiheit beeinträchtigen"¹⁾, der Auftraggeber brauche "keine Rücksicht darauf zu nehmen, daß der Makler nur beim Zustandekommen des Geschäfts seinen Lohn verdient"²⁾.

- II. 1. Allerdings war problematisch, wie weit die Entschliebungsfreiheit, insbesondere die Abschlußfreiheit des Auftraggebers reichen solle. Wie etwa, wenn sich der Auftraggeber nur deshalb weigert, das vom Makler vermittelte Geschäft abzuschließen, um dessen Provision, die ja vom Zustandekommen dieses Hauptvertrags abhängt, zu vereiteln? Wie, wenn obendrein der Auftraggeber dem Makler versichert hat, er werde auf jeden Fall das Geschäft abschließen und dadurch den Makler zu intensiver Tätigkeit angespornt hat?
2. Der Versuch, die Entschliebungsfreiheit des Auftraggebers dadurch zu beschränken, daß man dem Makler über § 324 BGB den Anspruch auf die "Gegenleistung", die Maklergebühr gab, falls es der Auftraggeber nicht zum Hauptvertragsabschluß kommen lassen wollte, schlug fehl.
- War es schon zweifelhaft, ob der Maklervertrag mangels einer Tätigkeitspflicht des Maklers überhaupt ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. §§ 320 ff BGB sei - das RG³⁾ verneint die Anwendung des § 324 BGB bereits deshalb - , so lägen auch sonst die Tatbestandsmerkmale des § 324 BGB nicht vor. § 324 BGB setzt nämlich einen bereits entstandenen Anspruch voraus ("behält"), der Provisionsanspruch entsteht jedoch erst im Erfolgsfall (§ 652 BGB). Auch kann die Vermittlungstätigkeit nicht als "unmögliche Leistung" i.S.d. § 324 BGB ange-

1) BGH aaO, 1225.

2) BGH aaO.

3) RG JW 1926, 2619 (U.v.28.4.1926).

sehen werden. Abgesehen davon, daß die Vermittlungsbemühungen selbst nach wie vor möglich, wenn auch nutzlos wären¹⁾, so stellt § 652 BGB neben der "Leistung" des Maklers das weitere Anspruchserfordernis: Zustandekommen des Hauptvertrags auf; der "Leistung" des Maklers als solcher soll also rechtlich noch keine Bedeutung zukommen.

3. Hingegen bot sich in § 162 BGB ein dogmatisch erfolgsversprechender Weg an, die Entschließungsfreiheit des Auftraggebers zu begrenzen. Bei Anwendbarkeit des § 162 Abs. 1 BGB wäre der Auftraggeber nämlich im Rahmen von Treu und Glauben gehalten, den Bedingungseintritt für das Entstehen des Provisionsanspruchs, nämlich das Zustandekommen des Hauptvertrags, nicht zu verhindern. Dazu mußte sich allerdings das Zustandekommen des Hauptvertrags als eine Bedingung i.S.d. § 162 BGB ansehen lassen.

Gerade dies verneinte jedoch zunächst das RG zu Recht, weil § 162 BGB nur bei echten rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingungen, nicht jedoch bei sogenannten Rechtsbedingungen anwendbar ist: "Es handelt sich nicht um eine wirkliche Bedingung, vielmehr ist kraft Gesetzes der Maklerlohnanspruch von dem Eintritt einer bestimmten Tatsache, nämlich von dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts, abhängig"²⁾.

Dies hindert das RG allerdings nicht, in späteren Entscheidungen § 162 BGB dennoch ausdrücklich oder stillschweigend im Verhältnis Auftraggeber/Makler anzuwenden. So stellt das

1) Vgl. Rospatt in Gruchot 45, 548; Staudinger A. II 2a zu § 652.

2) RG JW 1911, 758¹⁵; vgl. auch RG JW 1926, 2619 (U.v.28.4.1926): § 162 BGB nicht bei Rechtsbedingung (hier behördliche Genehmigung zu Grundstücksverkauf); ebenso RGZ 129, 376 (U.v. 7.7.1930).

RG allgemein fest: "Die Freiheit des Geschäftsherren in seinen Beziehungen zum Makler findet ihre Grenze darin, daß er ihn nicht arglistig ausschalten und dadurch um den Lohn seiner Tätigkeit bringen darf"¹⁾; nach dem RG sind (allerdings erst) dann "die Voraussetzungen des § 162 BGB"²⁾ erfüllt.

Auch die Begründungen des RG in weiteren Fallgestaltungen lassen die über den Einzelfall hinausgehende Tendenz der RG-Rechtsprechung erkennen, die Entschließungsfreiheit des Auftraggebers über § 162 BGB einzudämmen.

Das RG bestätigt zwar konsequent im Fall des von einer behördlichen Genehmigung abhängigen Grundstückskaufs, daß § 162 BGB auf die Rechtsbedingung: behördliche Genehmigung nicht anwendbar sei, daß sich folgerichtig auch aus § 162 BGB keine Pflicht ergebe, die behördliche Genehmigung, geschweige denn den Kaufvertragsabschluß selbst herbeizuführen³⁾.

Wenig später kommt das RG bei derselben Fallkonstellation zu demselben Endergebnis, läßt jedoch jetzt die Frage nach der Anwendbarkeit des § 162 BGB im Verhältnis Auftraggeber/Makler unbeantwortet: "Fehlt es aber an einem treuwidrigen Verhalten des Beklagten (Auftraggeber - Anm.d.Verf.), so bedarf es auch keiner Stellungnahme zu der Frage, ob der § 162 BGB auf Rechtsbedingungen nicht anzuwenden ist"⁴⁾. Zudem stellt das RG klar, daß die behördliche Genehmigung als Rechtsbedingung zwar keine Bedingung i.S.d. § 162 BGB sei, jedoch wie eine aufschiebende Bedingung i.S.d. § 652 Abs. 1 S. 2 BGB zu behandeln sei, mithin ein Fall des § 652 Abs. 1 S. 2 BGB vorläge.

1) RG JW 1916, 585 (586) (U.v.7.1.1916).

2) RG aaO.

3) RG JW 1926, 2619.

4) RG JW 1927, 657 (658) (U.v.7.12.1926).

Es mag eingewendet werden, aus diesem Sonderfall des durch die behördliche Genehmigung "bedingten" Hauptvertrags ergebe sich nichts für die Frage, ob § 162 BGB allgemein im Maklerrecht anzuwenden sei. Dabei wäre jedoch übersehen, daß sowohl die behördliche Genehmigung als auch das Zustandekommen des Hauptvertrags jeweils Rechtsbedingungen sind, die Anwendbarkeit des § 162 BGB also gleich zu entscheiden wäre. Obendrein fallen beide Rechtsbedingungen zusammen, weil der Hauptvertrag, nämlich der Grundstückskauf zugleich mit der behördlichen Genehmigung zustande käme. Läßt es das RG in obiger Entscheidung noch offen, ob § 162 BGB im Rahmen des § 652 Abs. 1 S. 2 BGB anzuwenden sei, so bejaht es diese Frage für den Fall des unter einer echten aufschiebenden Bedingung geschlossenen Hauptvertrags (§ 652 Abs. 1 S. 2 BGB)¹⁾. In einem weiteren derartigen Fall schließlich bekannt sich RG allgemein zur Geltung des § 162 BGB im Verhältnis Auftraggeber/Makler²⁾. In dem entschiedenen Fall war das Zustandekommen eines Kaufvertrags dadurch aufschiebend bedingt, daß der Kaufgegenstand (Schiff) der Käuferin gefallen mußte. Den Eintritt dieser Bedingung verhinderte der Verkäufer und Auftraggeber des Maklers dadurch, daß er der Käuferin keine Besichtigungsmöglichkeit bot. Der Makler verlangte vom Verkäufer die Provision, die ihm das RG mit der Begründung zusprach: "Die Frage, ob die Fiktion des § 162 BGB auch für das Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber gelte, ist zu bejahen. Zwar ist nur der Kaufvertrag selbst an eine aufschiebende Bedingung geknüpft, nicht aber der Mäklervvertrag. Aber auch der Mäklervvertrag steht unter der Herrschaft von Treu und Glauben"³⁾.

1) RG Recht 1924, S. 296, Nr. 1224 (U.v.3.2.1923); RG WarnR 1919, S. 325, Nr. 205 (U.v.7.5.1919).

2) RG WarnR 1929, S. 101 (104), (Nr.60) (U.v.5.2.1929).

3) RG aaO.

Ist es zwar richtig, § 162 BGB bei echten aufschiebenden Bedingungen anzuwenden, so hat dies die dogmatisch bedenkliche Konsequenz, daß der Auftraggeber gemäß § 162 BGB auch verpflichtet wird, mit der Bedingung zugleich den Hauptvertragsabschluß selbst herbeizuführen, obwohl letzterer doch nur eine Rechtsbedingung (für den Provisionsanspruch) ist¹⁾. Das RG begrenzte die Entschließungsfreiheit konsequenterweise auch für die Fallgruppe, in der abweichend von § 652 BGB der Provisionsanspruch nicht schon mit dem Zustandekommen, sondern erst mit der Ausführung des vermittelten Hauptvertrags entstehen sollte. Der Auftraggeber ist nach der RG-Rechtsprechung grundsätzlich auch hier ungebunden. Das RG stellt aber klar, daß zwar nicht § 88 Abs. 2 aF HGB (= § 87 a Abs. 3 nF HGB) anwendbar sei, jedoch der Auftraggeber nach Treu und Glauben (§ 162 BGB) gegenüber dem Makler zur Ausführung des Geschäfts verpflichtet sei²⁾. Dabei brauche der Geschäftsherr jedoch auf das Provisionsinteresse des Maklers keine Rücksicht nehmen, dürfe allerdings nicht arglistig die Provision vereiteln wollen³⁾. Dem Umstand, daß das RG an anderer Stelle die bloße Absicht der Provisionsentziehung oder -vereitelung für den Tatbestand des § 162 BGB genügen läßt⁴⁾, kann nicht eine Änderung der Spruchpraxis entnommen werden. RG will auch hier nur das arglistige, unlautere Verhalten des Auftraggebers erfassen. Dies zeigt sich bereits in

-
- 1) Auf die entsprechende Revisionsrüge (vgl. RG aaO, S. 102) geht RG nicht näher ein bzw. beantwortet sie ohne Begründung im entgegengesetzten Sinne.
 - 2) RG Bolze Bd 6, S. 184, Nr. 491 (U.v. 21.4.1889); RGZ 95, 134 (137) (U.v. 12.3.1919); RG JW 1922, 487 (488) (U.v. 2.11.1921); RG Recht 1924, S. 296, Nr. 1224 (U.v. 3.2.1923).
 - 3) RG Bolze Bd 6, S. 184, Nr. 491; ebenso RG JW 1916, 585 (U.v. 7.1.1916).
 - 4) RGZ 95, 134 (137); RG Recht 1924, S. 296, Nr. 1224; RG JW 1922, 487 (488); RG WarnR 1919, S. 325, Nr. 205.

der ausdrücklichen Verweisung des RG in RGZ 95, 134 (137) auf RG Bolze Bd. 6, Nr. 491 und RG JW 1916, S.1585, Nr.4 (U.v.13.10.1916)¹⁾, in denen jeweils von Arglist die Rede ist, während RGZ 95, 137 (nur) von Provisionsentziehungsabsicht spricht. Ebenso beruft sich wiederum RG Recht 1924, S. 296, Nr.1224 auf RGZ 95, 134 (137).

Auch der BGH folgte unter ausdrücklichem Hinweis auf RGZ 95, 134 (137) der ständigen Rechtsprechung des RG²⁾. Zur Entscheidung stand hier ebenso wie in RGZ 95, 134 die Fallgruppe, daß die Provision vereinbarungsgemäß erst mit der Ausführung des Hauptvertrags verdient sein sollte.

Später sah sich der BGH bei derselben Fallkonstellation allerdings dazu veranlaßt, die Entschließungsfreiheit des Auftraggebers besonders zu betonen³⁾: Der Auftraggeber habe keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung (nämlich die Ausführung des Geschäfts) herbeizuführen, "andernfalls wäre die Vereinbarung, daß die Entstehung des Provisionsanspruchs von der Ausführung des Geschäfts abhängen solle, nicht erforderlich gewesen"⁴⁾. BGH verwirft - wie schon RG - die Anwendbarkeit des § 87a Abs. 3 HGB nF und mißt das Verhalten des Auftraggebers an § 162 Abs. 1 BGB. Allerdings hält der BGH hierbei die Klarstellung für nötig, "daß der Geschäftsherr nicht schon deshalb treuwidrig handelt, weil er seine eigenen Interessen über die des Maklers am Empfang der Provision stelle"⁵⁾.

1) Unterscheide davon RG JW 1916, 585 (586) (U.v.7.1.1916), in der aber ebenfalls für 162 BGB Arglist gefordert wird.

2) BGH NJW 1951, 649 (U.v.13.6.1951).

3) BGH BB 1960, S. 1262, Nr. 2256 (U.v.26.9.1960); BGH NJW 1966, 1404 (1405) (U.v.18.4.1966).

4) BGH BB 1960, aaO.

5) BGH aaO.

Endlich nimmt BGH einen Verstoß gegen Treu und Glauben i.S.d. § 162 BGB nur bei "besonderen Umständen"¹⁾ an: Ein treuwidriges Verhalten des Auftraggebers liegt beispielsweise vor, "wenn er den Makler beiseite schiebt, gleichwohl aber sich sein Arbeitsergebnis nutzbar macht" oder wenn er den Makler "in den sicheren Glauben versetzt hat, es werde der Vertrag abgeschlossen und durchgeführt werden und ihn so zu besonders intensiver Arbeit veranlaßt hat"²⁾.

Damit schränkt aber der BGH keineswegs die RG-Rechtsprechung ein, wie Mormann meint³⁾.

RG wie BGH wollen § 162 BGB nur bei unlauterem Verhalten des Auftraggebers anwenden. Dies zeigt nicht nur die Verweisung auf RGZ 95, 134 (136); RGZ 101, 209 (211); RG JW 1922, 487; RG Recht 1924, Nr.1224 in BGH NJW 1966, 1404, sondern bestätigen auch spätere BGH-Entscheidungen.

Wie schon das RG⁴⁾ so stellt auch der BGH den Grundsatz auf, daß der Auftraggeber auf das Provisionsinteresse des Maklers keine Rücksicht zu nehmen brauche⁵⁾. § 162 BGB soll also erst bei dem Vorwurf unlauteren Verhaltens zur Anwendung kommen, nicht jedoch, wenn sich der Auftraggeber von "billigenswerten Überlegungen"⁶⁾ leiten ließ.

Ebenso wie RG zeigt auch BGH die Tendenz, § 162 BGB über den Sonderfall hinaus allgemein im Verhältnis Auftraggeber/Vermittler anzuwenden. Dies drückt BGH in einem obiter dictum aus,

1) BGH NJW 1966, 1404.

2) BGH aaO, 1405.

3) Mormann WM 1968, 958.

4) RG Bolze Bd. 6, S. 184, Nr.491.

5) BGH NJW 1967, 1225 (U.v.22.2.1967); BGH NJW 1967, 198 (U.v.9.11.1966).

6) BGH DB 1971, 1857 (1858) (U.v.21.4.1971).

indem er allgemein feststellt, der Auftraggeber verstoße nicht gegen Treu und Glauben (§ 162 BGB), falls er seine eigenen Interessen über das Provisionsinteresse des Maklers stelle¹⁾.

III. Die höchstrichterliche Rechtsprechung (RG und BGH) geht somit grundsätzlich von der Entschließungsfreiheit des Auftraggebers aus, die durch Treu und Glauben gemäß § 162 BGB zu begrenzen ist. Eine Treuwidrigkeit liegt jedoch nur bei arglistigem Verhalten des Auftraggebers vor.

Der von der höchstrichterlichen Judikatur eingeschlagene Weg, den zwischen dem Provisionsinteresse des Maklers und der Entschließungsfreiheit des Auftraggebers bestehenden Interessengegensatz über Treu und Glauben im Rahmen des § 162 BGB auszugleichen, ist im Ergebnis richtig, aber dogmatisch bedenklich. Verneint das RG ursprünglich noch die allgemeine Anwendbarkeit des § 162 BGB im Maklerrecht, weil das Zustandekommen des Hauptvertrags keine echte Bedingung, sondern lediglich eine Rechtsbedingung (für das Entstehen der Provision) ist²⁾, so läßt dies die spätere höchstrichterliche Rechtsprechung außer acht.

1) BGH NJW 1967, 1225; ebenso BGH BB 1968, 148 (U.v.6.12.1967).

2) RG JW 1911, 758¹⁵; vgl. auch Erman-Wagner § 652 Anm.5; Pal.-Heinrichs Einf.v.§ 158 Anm.2; Pal.-Thomas § 652 Anm. 4 E.

Vierter Abschnitt: Nebenpflichten des Maklers

A) Allgemein

Zwischen dem Makler und dem Auftraggeber besteht aufgrund des Maklervertrags ein besonderes Treueverhältnis, aus dem zwar nach HM keine unmittelbaren Hauptpflichten, wohl aber eine Reihe von gegenseitigen Nebenpflichten erwachsen¹⁾.

Eine diesbezügliche gesetzliche Regelung sucht man - von dem speziellen Fall der vertragswidrigen Doppeltätigkeit (§ 654 BGB) abgesehen - vergebens. Auch fehlt in den Gesetzesmaterialien eine Stellungnahme des Gesetzgebers, die erwünscht gewesen wäre, "um die Grenzlinie zwischen Maklervertrag und anderen verwandten Rechtsbegriffen möglichst scharf gezogen zu sehen"²⁾. Daraus, daß die Nebenpflichten im verwandten Dienst-, Werkvertrags- und Auftragsrecht eine eingehendere Normierung erfahren haben (§§ 618, 629, 630; 633 Abs. 1, 642; 663, 665 Abs. 1, S. 2, 668, 669 BGB), kann jedoch kein Umkehrschluß gezogen werden. Zum einen gibt es auch in diesem Bereich einige weitere, nicht gesetzlich festgelegte - aber heute allgemein anerkannte - Nebenpflichten³⁾, insbesondere die Treuepflicht. Die Verfasser des BGB gingen irrig davon aus, daß mit den Regeln über Unmöglichkeit, Verzug und Gewährleistung alle Fälle von Leistungsstörungen erfaßt seien⁴⁾. Zum anderen wird in § 654 BGB das Bestehen eines Treueverhältnisses anerkannt.

Der Annahme von Nebenpflichten steht auch nicht das Fehlen von Hauptpflichten entgegen. Wie bereits erörtert, wird aufgrund des

1) Z.B. BGH NJW 1974, 137 (U.v.23.11.1973); BGH MDR 1970, 28 (U.v.14.5.1969) = DB 1969, 1288 = BB 1969, 894; BGH JZ 1968, 69 (U.v.6.11.1967); BGH MDR 1963, 128 (U.v.22.2.1962); BGH BB 1956, 733 (U.v.8.3.1956); RG LZ 1910, S. 292, Nr.18, (U.v.15.2.1910).

2) Riesenfeld in Gruchot 37, 852.

3) Vgl. Palandt § 611 Anm.4, § 631 Anm. 3b, § 662 Anm. 8b.

4) Vgl. Palandt § 276 Anm. 7a.

Maklervertrags allein weder der Makler zur Tätigkeit noch der Auftraggeber zur Provisionszahlung verpflichtet. Die Provisionszahlungspflicht als Hauptpflicht des Maklervertrags - und dies ist seine Besonderheit - entsteht gem. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB erst, wenn weitere Voraussetzungen erfüllt sind¹⁾. Rechtsgrund für die Anerkennung von Nebenpflichten ist nämlich nicht etwa das Bestehen von Hauptpflichten, sondern das Zustandekommen eines (Makler-)Vertrags, der neben der rechtlichen Bindung ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien entstehen läßt²⁾. Auf ähnlichen Gedanken beruht die Lehre der "culpa in contrahendo", die nicht einmal einen wirksamen Vertragsschluß geschweige denn Hauptpflichten voraussetzt, sondern allein aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis Sorgfalts- und Treuepflichten ableitet³⁾. Es blieb der Rechtsprechung überlassen, die jeweiligen Nebenpflichten zu konkretisieren.

B) Einzelne Nebenpflichten des Maklers

I. 1. Aufgrund des aus dem Maklervertrag folgenden besonderen Treueverhältnisses ist der Makler seinem Auftraggeber gegenüber zu loyaler und gewissenhafter Interessenwahrung verpflichtet⁴⁾.

1) Nämlich: Zustandekommen des gewünschten Hauptvertrags aufgrund ursächlicher Maklertätigkeit (dazu siehe Zweiter Teil).

2) Vgl. auch Leisau, S. 28.

3) Vgl. Palandt § 276 Anm. 6.

4) BGH NJW 1974, 137 (U.v.23.11.1973); BGH WM 1970, 1270 (U.v.8.7.1970); BGH MDR 1970, 28 (U.v.14.5.1969); BGH NJW 1968, 150 (151) (U.v.25.10.1967) = BGHZ 48, 344 (346); BGH JZ 1968, 69 (U.v.6.11.1967); BGH BB 1956, 733 (U.v.8.3.1956); BGH MDR 1963, 128 (U.v.22.2.1962); RG LZ 1920, S. 758, Nr. 4, (U.v.13.3.1920); RG LZ 1910, S. 292, Nr. 18 (U.v.15.2.1910) = RG JW 1910, 284; RG SeuffA 56, S. 127, Nr.73 (19.4.1900); RG DJZ 1897, S. 365, Nr.70 (U.v.30.6.1897).

2. Der Vermittler hat seinen Auftraggeber nicht nur vor Schaden zu bewahren, sondern muß - wenn er tätig wird¹⁾ - den angestrebten Vertragszweck fördern und für seinen Auftraggeber die bestmöglichen Bedingungen zu erreichen suchen²⁾.
3. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung muß der Makler alle ihm bekannten Umstände, die sich auf den konkreten Geschäftsabschluß (Geschäftsobjekt und -partner) beziehen und die für die Willensentschließung des Auftraggebers bedeutsam sind, diesem mitteilen³⁾.

Eine darüber hinausgehende Aufklärungs- oder Unterrichtungspflicht hinsichtlich sonstiger allgemeiner Verhältnisse macht BGH vom Einzelfall abhängig. So muß der Makler möglicherweise den Auftraggeber auf eine geplante Gesetzesänderung

1) Wozu allerdings - wie bereits erörtert - keine Pflicht besteht.

2) BGH NJW 1968, 150 (151) (U.v.25.10.1967); BGH AIZ 1958, 16 (U.v.10.1.1957 und U.v.31.1.1957); RG DJZ 1897, S. 365, Nr.70; RG Recht 1911, Nr. 1119 (U.v.3.1.1911); RG LZ 1920, S. 758, Nr.4; diese Pflicht wird beim Doppelmakler (= Makler wird für beide Vertragsteile zugleich tätig) problematisch und hat dort auch zu einer umfangreichen Rechtsprechung geführt, was im Rahmen des Doppelauftrags darzustellen sein wird.

3) BGH WM 1970, 1270 (U.v.8.7.1970); BGH MDR 1970, 28 (U.v.14.5.1969); BGH NJW 1969, 1628 (U.v.25.6.1969); BGH NJW 1968, 150 (151); BGH JZ 1968, 69; BGH BB 1956, 733; RGZ 138, 94 (97) (U.v.25.10.1932); RG HRR 1931, Nr. 106 (U.v.17.10.1930); RG LZ 1930, S. 383, Nr. 3 (U.v.27.9.1929); RG Recht 1912, Nr.735 (U.v.24.1.1912) = RG DJZ 1912, S. 515; RG Recht 1911, Nr. 1924 (U.v.21.3.1911); RG WarnR 1910, S. 154, Nr. 149 (U.v.15.2.1910); RG SeuffA 56, S. 127, Nr. 73 (U.v.19.4.1900); RG Gruchot 45, S. 1010, Nr. 90 (U.v.1.6.1899); RG DJZ 1897, S. 365, Nr. 70 (U.v.30.6.1897).

(hier: Wegfall des Preisstopps auch für unbebaute Grundstücke durch beabsichtigte Änderung des Bundesbaugesetzes) hinweisen¹⁾. Allerdings stellt der BGH hierbei zusätzlich auf die subjektiven Vorstellungen des Vermittlers ab und verneint in dem entschiedenen Fall eine Unterrichtungspflicht u.a. deswegen, weil der Makler die Auftraggeberin für geschäftsgewandt halten konnte. Ebenso verweist BGH WM 1970, 906 (U.v.22.5.1970) auf das "für den Makler erkennbare Interesse des Auftraggebers"²⁾, über gewisse allgemeine Verhältnisse³⁾ aufgeklärt zu werden.

Auch ist der Makler grundsätzlich nicht zur Beratung verpflichtet⁴⁾.

4. Die Mitteilungspflicht bezieht sich, wie bereits erwähnt, lediglich auf dem Makler bereits bekannte Umstände. Nicht jedoch braucht er von sich aus Erkundigungen einziehen, Nachforschungen anstellen, etwa die Zahlungs- und Leistungsfähigkeit des Vertragsgegners prüfen⁵⁾. "Da der Auftraggeber

1) BGH MDR 1964, 495 (U.v.29.1.1964) = LM Nr. 12 zu § 652 BGB.

2) BGH WM 1970, 906 (U.v.22.5.1970).

3) In BGH aaO verschwieg der Makler (ein Vertrauensmakler) seinem Auftraggeber, einem Bauherrn, daß er zugleich geschäftsführender Gesellschafter der die Bauanlagen des Auftraggebers verwaltenden Baubetreuungsgesellschaft war.

4) BGH NJW 1968, 150 (151); BGH MDR 1964, 495.

5) BGH WM 1970, 1270; BGH BB 1956, 733 (grundlegend); RGZ 138, 94; RG HRR 1931, Nr. 106; RG Recht 1921, Nr. 539 (U.v.25.11.1920); RG Recht 1911, Nr. 1924; RG Bolze Bd 7, S. 186 (187), Nr. 504; RG Gruchot 45, S. 1010, Nr. 90.

den Vertrag selbst abschließen kann, bleibt es ihm Überlassen zu prüfen, ob der Vertrag die notwendigen Garantien bietet"¹⁾. Der Makler braucht auch nicht entsprechenden Hinweisen nachgehen, muß diese aber dem Auftraggeber mitteilen²⁾. Jedoch kann sich aus den besonderen Umständen des konkreten Falls eine Erkundigungspflicht ergeben³⁾. So, wenn der Makler "wirklich sichere Kenntnis vom Fehlen der Ware hat"⁴⁾, wobei allerdings bloßer Verdacht nicht genügt.

Umgekehrt darf der Makler aber auch "keine bestimmten Zusagen in dieser Richtung (nämlich hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Vertragsgegners - Anm.d.Verf.) machen, insbesondere dann nicht, wenn Bedenken laut geworden sind"⁵⁾.

C) Insbesondere: Verbot der vertragswidrigen Doppeltätigkeit
gem. § 654 BGB (Doppelauftrag)-----

I. 1. Fehlt auch eine Normierung der aus dem besonderen Treueverhältnis sich ergebenden einzelnen Nebenpflichten, so ist der spezielle Fall der vertragswidrigen Doppeltätigkeit des Maklers ausdrücklich geregelt (§ 654 BGB).

2. Zunächst glaubte man bei der Kodifizierung des Maklerrechts im neu zu schaffenden BGB, von einer diesbezüglichen Vorschrift absehen zu können.

So enthielt weder der Erste Entwurf (E I) des BGB von 1888 noch der Zweite Entwurf (E II) von 1895 eine den

1) BGH BB 1956, 733.

2) BGH aaO; RGZ 238, 94 (97).

3) RGZ aaO; RG HRR 1931, Nr. 106; RG Recht 1911, Nr. 1924;
RG Gruchot 45, S. 1010, Nr. 90.

4) RGZ 138, 94 (97).

5) BGH BB 1956, 733.

Doppelauftrag betreffende Norm. Trug der E I wegen der Verschiedenheit der Fälle Bedenken, "die in Rede stehende Frage (der Doppeltätigkeit - Anm.d.Verf.) durch eine allgemeine Rechtsnorm zu entscheiden"¹⁾, so hielt die Mehrheit der Zweiten Kommission (E II) eine solche sogar für überflüssig²⁾.

Erst die Mehrheit der Kommission des Reichstags "legte gleichwohl Wert auf deren (§ 643a RT-Vorlage = § 654 BGB) ausdrückliche Aufnahme, weil das Interesse des Publikums Klarheit in dieser Angelegenheit erheische"³⁾.

3. Gerade bei dem Doppelauftrag⁴⁾ ist wegen der naturgemäß gegebenen Interessenkollision der beiden Auftraggeber Art und Umfang der jeweils geschuldeten Maklertreue problematisch. Insbesondere stehen sich die Aufklärungs- bzw. Verschwiegenheitspflicht und die Pflicht, jeweils den bestmöglichen Geschäftsabschluß zu erreichen, entgegengesetzt gegenüber.
4. Ist zwar die gesetzliche Festlegung des Doppelauftrags zu begrüßen, so konnte § 654 BGB nicht die beabsichtigte Rechtsklarheit herbeiführen. Die Frage, wann eine vertragswidrige Doppeltätigkeit vorliegt, ist nämlich oft

1) Mot II, 515; Mugdan II, 288.

2) Prot II, 344; Mugdan II, 938.

3) Mugdan II, 1292.

4) Bei dem Doppelauftrag schließt der Makler zwei Maklerverträge ab, nämlich einen mit seinem ersten Auftraggeber und einen zweiten mit dem Vertragsgegner seines ersten Auftraggebers.

schwer zu beantworten¹⁾ und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab²⁾.

Wenn auch "allgemeine Grundsätze hier nur mit Vorsicht aufgestellt werden können"³⁾, so hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung in einer reichhaltigen Kasuistik gleichwohl allgemeine Regeln herausgebildet. Gerade die Zulässigkeit des Doppelauftrags⁴⁾ gehört "zu den durch die Entwicklung des Maklerrechts in den Vordergrund getretenen Problemen"⁵⁾.

Zuerst ist zu untersuchen, ob sich der Makler überhaupt einen Doppelauftrag geben lassen durfte, ob er also möglicherweise bereits deswegen "dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist" (§ 654 BGB), weil ihm die Doppeltätigkeit von einer Seite untersagt war.

War dagegen dem Makler die Doppeltätigkeit als solche gestattet, so bleibt weiter zu prüfen, ob im Einzelfall eine vertragswidrige Doppeltätigkeit deshalb vorliegt, weil der Makler die ihm (auch) im Rahmen des Doppelauftrages obliegenden Treuepflichten gegenüber einer Partei verletzt hat.

1) BGH NJW 1968, 150 (151).

2) BGH aaO; RG Gruchot 65, 86 (87) (U.v.3.5.1920); RG JW 1913, S. 200, Nr. 11 (U.v.22.11.1912) = RG LZ 1913, 144; RG SeuffA 56, S. 41, Nr. 24 (U.v.12./26.2.1900).

3) BGH aaO.

4) Das weitere Problem, ob und wann der zweite Maklervvertrag zustande kommt, wird im Zweiten Teil behandelt.

5) Weber Anmerkung LM Nr. 5 zu § 654 BGB.

II. 1. Ausgangspunkt der Betrachtung - und dies betont die Rspr¹⁾ - ist die durch das BGB (§ 654 BGB) erfolgte grundsätzliche Anerkennung des Doppelauftrags trotz der möglichen oder tatsächlichen Interessenkollision. Allerdings ging die Rechtsprechung nicht so weit, den Doppelauftrag wegen seiner häufigen Verwendung etwa als Handelsbrauch, Verkehrssitte oder gar Gewohnheitsrecht anzusehen²⁾.

Der Makler darf grundsätzlich einen Doppelauftrag abschließen; die vertragswidrige Doppeltätigkeit ist Ausnahmetatbestand, was nur unter besonderen Umständen aus dem Parteiwillen der Auftraggeber bzw. aus dem Vertragszweck (des Maklervertrags) geschlossen werden kann.

2. Ein Doppelauftrag ist zulässig, wenn er von beiden Auftraggebern - ausdrücklich oder stillschweigend - gestattet ist³⁾. Die Zustimmung nur durch einen Auftraggeber genügt also nicht, weil der jeweils andere Auftraggeber die Doppeltätigkeit untersagen kann und dann diesem gegenüber eine vertragswidrige Doppeltätigkeit vorliegt⁴⁾.

3. Die Erlaubnis kann ausdrücklich,⁵⁾ aber auch stillschweigend erklärt werden und "folgt in aller Regel schon aus

1) BGH NJW 1973, 1459 (U.v.18.5.1973); BGH NJW 1968, 151; RG JW 1913, S. 200, Nr. 11; RG Recht 1907, S. 1531, Nr. 3799 (U.v.25.10.1907).

2) BGH NJW 1968, 151; RG HRR 1938, Nr. 280 (U.v.23.11.1937) = RG JW 1938, 456; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318 (U.v.14.6.1910).

3) BGH NJW 1973, 1459; BGH NJW 1968, 150; RG JW 1913, S. 641, Nr. 4, (U.v.29.3.1913); RG JW 1913, S. 200, Nr. 11 (U.v.22.11.1912).

4) Vgl. BGH NJW 1973, 1459; BGH NJW 1968, 150 ("Ist dem Makler von beiden Vertragsteilen gestattet ...").

5) Oft läßt sich der Makler die Doppeltätigkeit über die sog. Freizeichnungsklausel gestatten, die aber nur bei unmißverständlicher Aufklärung über ihre Bedeutung wirksam ist. (BGH NJW 1964, 1467 (1469)).

dem Inhalt seines Auftrags, wenn er (der Makler - Anm.d. Verf.) für den einen Teil Vermittlungsmakler, für den anderen dagegen nur Nachweismakler ist"¹⁾. Dies leuchtet ein. Soll der Makler auf der einen Seite vermitteln, also den Vertragsabschluß durch Verhandlungen mit beiden Parteien²⁾ vorbereiten helfen, so ist andererseits die Nachweistätigkeit mit der Nennung der Vertragsmöglichkeit beendet. Eine Interessenkollision scheidet regelmäßig aus.

Umgekehrt ist es dem Vertrauensmakler, der gegenüber dem Auftraggeber auf längere Zeit ausschließlich zur Vermittlung des gewünschten Geschäfts berechtigt und verpflichtet ist³⁾, grundsätzlich nicht gestattet, auch für die Gegenpartei tätig zu werden⁴⁾.

Im Ubrigen leitet die höchstrichterliche Rechtsprechung bereits aus der Kenntnis des Auftraggebers von der Doppeltätigkeit dessen stillschweigende Erlaubnis ab⁵⁾.

Im Ergebnis kann sich der Auftraggeber auf die Unzulässigkeit des Doppelauftrags nur berufen, wenn er die Doppeltätigkeit untersagt hat oder solches aus dem Vertragszweck hervorgeht.

Damit trägt die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, daß der Doppelauftrag nach dem Willen des Gesetzgebers nur

1) BGH NJW 1968, 151; RG JW 1922, 164; RG SeuffA 56, S. 41 (42), Nr. 24.

2) BGH BB 1968, 148 (U.v.6.12.1967); RG JW 1916, S. 738 (U.v.10.3.1916).

3) BGH NJW 1964, 1467 (U.v.22.4.1964).

4) BGH NJW 1968, 151; BGH NJW 1964, 1467; RG JW 1913, S. 200, Nr. 11.

5) BGH NJW 1970, 1075 (U.v.16.1.1970); BGH NJW 1968, 151; RG JW 1913, S. 641, Nr. 4; RG JW 1913, S. 200, Nr. 11; RG Recht 1920, Nr. 3107 (U.v.15.11.1919); RGZ 4, 222 (U.v.29.1.1881); RG JW 1901, S. 90, Nr. 32 (U.v.10.1.1901).

ausnahmsweise unzulässig sein soll und daß die Voraussetzungen für die Einwendung der Verwirkung (§ 654 BGB) und hierbei insbesondere die Vertragswidrigkeit nach allgemeinen Beweisregeln¹⁾ vom Auftraggeber zu beweisen sind. Nicht der Makler hat darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß die Erlaubnis zur Doppeltätigkeit vorgelegen habe, sondern umgekehrt der Auftraggeber, daß er eine Doppeltätigkeit untersagt habe bzw. sich solches aus dem Vertragszweck ergebe. Dies verkennt RG, wenn es den Doppelauftrag nur dann zulassen will, "wenn eine Erlaubnis des Auftraggebers festgestellt werden kann"²⁾.

III. 1. Von der Frage, ob der Makler überhaupt einen Doppelauftrag schließen durfte, ist jene nach Art und Ausmaß der im Einzelfall zulässigerweise entfalteten doppelten Maklertätigkeit zu unterscheiden. Auch ein von beiden Seiten erlaubter Doppelauftrag entläßt den Vermittler nicht aus dem jeweiligen Treueverhältnis, bürdet ihm vielmehr zusätzliche Pflichten auf. M.a.W. ist auch im Rahmen eines von beiden Auftraggebern erlaubten Doppelauftrags eine vertragswidrige Doppeltätigkeit des Maklers mit der Verwirkungsfolge (654 BGB) möglich³⁾.

2. Auch bei Gestattung des Doppelauftrags durch beide Auftraggeber "bleibt dennoch die Grundpflicht des Maklers

1) Thomas-Putzo § 282 A.5a; Rosenberg, Die Beweislast, S. 98; Larenz SchRI, § 29 IV; Esser SchR I, § 44 V, S. 307; Knieper NJW 1970, 1296.

2) RG JW 1913, S. 641, Nr. 4.

3) BGH läßt es verschiedentlich offen, ob er den § 654 BGB bei diesen Fällen der vertragswidrigen Doppeltätigkeit direkt oder nur analog anwenden will (BGH NJW 1973, 1458; BGH NJW 1962, 734). Dabei übersieht BGH, daß das Gesetz selbst von der direkten Anwendung des § 654 BGB auch in dieser Fallgruppe ausgeht ("tätig gewesen"), worauf er selbst an anderer Stelle hinweist (BGH NJW 1968, 151).

bestehen, für seinen (hier: seine) Auftraggeber treu tätig zu werden"¹⁾. Auch bei einem Doppelauftrag bestehen also die bereits erwähnten Nebenpflichten des Maklers, nur eben mit der Besonderheit, daß sich die Pflichten jeweils entgegengesetzt gegenüberstehen. Der Makler muß zwei Herren dienen und für beide jeweils die bestmöglichen Bedingungen aushandeln. Möglicherweise muß er den einen Auftraggeber über bestimmte Tatsachen aus der Sphäre des anderen Auftraggebers aufklären, während er doch gerade diesem darüber zum Schweigen verpflichtet ist.

3. RG wie BGH gehen von dem Grundsatz aus, daß der Makler keine Partei bevorzugen bzw. benachteiligen dürfe.

Das RG sieht die vertragswidrige Parteinehmer dann als gegeben an, wenn der Makler durch "sittenwidrige Mittel zugunsten der Gegenseite den ersten Auftraggeber zu einem unvorteilhaften Abschluß verleitet"²⁾, den Vorteil des einen also "schlecht und gewissenlos wahrgenommen habe"³⁾.

Der BGH knüpft an diese Spruchpraxis an⁴⁾, stellt jedoch darüber hinaus den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Makler sich "strenger Unparteilichkeit gegenüber beiden befleißigen muß, um ihnen in fairer Weise zu dienen"⁵⁾. Dieses Postulat gilt nicht nur, falls der Makler für beide Auftraggeber als Vermittler tätig werden soll, wie man BGH DB 1967, 50 ("in dieser Stellung", nämlich als

1) BGH NJW 1968, 151.

2) RG Recht 1920, Nr. 3107 (U.v.15.11.1919); RG JW 1913, S. 641, Nr. 4 (hier: Bestechungsversuch).

3) RG JW 1913 aaO.

4) Vgl. BGH NJW 1968 aaO.

5) BGH aaO; BGH NJW 1973, 1458 (1459); BGH DB 1967, 505 (U.v.8.2.1967) = BB 1967, 263 = MDR 1967, 582.

Vermittlungsmakler im Unterschied zum Nachweismakler - Anm.d.Verf.) entnehmen könnte, sondern auch dann, wenn er auf der einen Seite vermitteln, auf der anderen nur nachweisen soll. Zwar ist bei dem Nachweismaklervertrag mit der Nennung der Vertragsmöglichkeit die Maklerleistung erbracht, jedoch besteht eine nachwirkende Treuepflicht: Der Makler darf, "wenn er nach dem Nachweis tätig wird, dabei nichts tun, was dem Interesse seines Auftraggebers zuwiderläuft"¹⁾. Die Pflicht zur strengen Unparteilichkeit ist in diesem Rahmen allerdings etwas gelockert, wie aus BGH NJW 1970, 1076 zu folgern ist: Die Käuferin, die den Makler lediglich mit einem Nachweismaklervertrag betraut hat, kann nach BGH nicht erwarten, daß der Makler, der von dem Verkäufer einen Vermittlungsauftrag erhalten hatte, sich für ihre (Käuferin) Interessen, insbesondere an einem möglichst geringen Kaufpreis, einzusetzen hätte. "Vielmehr muß die Käuferin damit rechnen, daß er (der Makler - Anm.d.Verf.) insoweit auf der Seite des Verkäufers stehe"²⁾.

Diese Lockerung ist auch verständlich, weil der Makler der Käuferin eben nur Nachweis und nicht Vermittlung schuldete.

4. Ebenso wie bei dem einfachen Maklervertrag besteht auch bei dem Doppelauftrag die Pflicht, den bestmöglichen Hauptvertragsabschluß zustande zu bringen, nur stehen sich jetzt die Interessen der Auftraggeber - der Vertragspartner des Hauptvertrags - zumeist konträr gegenüber.

1) BGH NJW 1968, 151; RG SeuffA 56, S. 41, Nr. 24; RG LZ 1931, S. 624, Nr. 3 (U.v.5.12.1930).

2) BGH NJW 1970, 1075 (1076) (U.v.16.1.1970).

Die Rechtsprechung unterscheidet danach, ob es den Auftraggebern primär auf einen Geschäftsschluß zu bestimmten bestmöglichen Bedingungen unter Inkaufnahme des Scheiterns der Vertragsverhandlungen ankam, oder ob sie nur überhaupt einen Vertragsabschluß - wenn auch zu ungünstigeren Bedingungen als ursprünglich geplant - erreichen wollten¹⁾.

Im letzteren Fall ist die Zulässigkeit der Doppeltätigkeit unproblematisch. Da der Hauptvertragsabschluß im "gemeinsamen Interesse"²⁾ beider Auftraggeber ist, darf sich der Makler auch in die Preisverhandlungen einschalten. Er darf dabei nicht nur³⁾ dem jeweiligen Auftraggeber zu- reden, von der ursprünglichen Forderung herunterzugehen bzw. ein höheres Angebot zu machen, sondern auch gegenüber beiden Parteien seine eigenen Preisvorstellungen offenbaren⁴⁾.

Ging das primäre Interesse der Auftraggeber dagegen auf einen Geschäftsabschluß zu bestimmten bestmöglichen Bedingungen, so hält das RG die Doppeltätigkeit grundsätzlich schon deswegen für vertragswidrig⁵⁾. Der Makler darf nur zu den ihm vom jeweiligen Auftraggeber als erwünscht bezeichneten Bedingungen abschließen oder muß von der Vermittlung absehen⁶⁾. Er darf nicht einmal die jeweilige Partei hinsichtlich ihrer Preisvorstellungen beeinflussen⁷⁾.

1) BGH NJW 1968, 152; RG Gruchot 65, 86 (87) (U.v.3.5.1920); RG Recht 1911, Nr. 1119 (U.v.3.1.1911); RG Recht 1907, S. 1531, Nr. 3799 (U.v.25.10.1907).

2) RG Recht aaO.

3) Wie RG Recht aaO offenbar glaubt, weil es sonst dieser besonderen (selbstverständlichen) Feststellung nicht bedurft hätte.

4) Vgl. BGH NJW 1968, 152.

5) RG Recht 1911 aaO; RG Recht 1907 aaO; RG Gruchot 65, 86 (87); RG JW 1901, S. 90, Nr. 32 (U.v.10.1.1901).

6) RG Recht 1911 aaO.

7) RG Recht 1907 aaO.

Zu Recht kritisiert Mittelstädt¹⁾, das RG habe die Ausgleichsfunktion des Doppelmaklers nicht hinreichend berücksichtigt, wenn der Makler nicht einmal den jeweiligen Auftraggeber zum Erhöhen seines Angebots bzw. Verringern der Forderung bewegen dürfe.

Anders als das RG anerkennt der BGH grundsätzlich die Doppeltätigkeit auch hier, fordert jedoch vom Makler strenge Unparteilichkeit. Er darf nicht in die Preisverhandlungen eingreifen, außer die Parteien wünschen dies. Allerdings darf nach BGH - anders das RG, s.o. - der Vermittler dem jeweiligen Auftraggeber Vorhaltungen hinsichtlich der Höhe der Forderung bzw. des Angebots machen und muß dies sogar, wenn andernfalls der Hauptvertragsschluß gefährdet ist²⁾. Nicht jedoch darf der Makler seine Wertvorstellungen auch dem jeweils anderen Auftraggeber - dem Vertragsgegner - mitteilen, weil er sonst die Preischance des ersten Auftraggebers mindert³⁾. So darf der Makler nicht dem Käufer (zweiter Auftraggeber) gegenüber erklären, er halte den vom Verkäufer (erster Auftraggeber) geforderten Preis für zu hoch⁴⁾. Auch darf der Makler dem Käufer nicht mitteilen, daß der Verkäufer auch zu einem niedrigeren Preis abgeschlossen hätte⁵⁾. "Der (Zivil-)Makler hat nicht dafür zu sorgen, daß der Preis angemessen, marktgerecht oder volkswirtschaftlich vernünftig ist; maßgebend ist allein der Preis, auf den sich die Parteien einigen"⁶⁾. Zwar darf

1) Mittelstädt, S. 20

2) BGH NJW 1968, 152.

3) BGH aaO.

4) BGH aaO; ähnlich RG Recht 1911 aaO.

5) BGH NJW 1970, 1075 (1076) (U.v.16.1.1970).

6) BGH NJW 1968, 151.

danach der Makler seine eigene Wertung nicht zur Geltung bringen, wohl aber soll der Makler "beide Teile zusammenbringen und muß daher auf sie ausgleichend einwirken"¹⁾. Damit trägt der BGH - anders als das RG - der volkswirtschaftlichen Ausgleichsfunktion des Maklers Rechnung.

5. Die Problematik der Doppeltätigkeit zeigt sich auch in den Fällen, in denen sich die Aufklärungs- und Verschwiegenheitspflichten des Maklers entgegengesetzt gegenüberstehen.

"Auch bei einem erlaubten Doppelauftrag ist (deshalb) der Makler gehalten, seinen Auftraggeber (hier also beide) über all das aufzuklären, was für dessen (bzw. deren - Anm.d.Verf.) Entschluß bestimmend sein kann und was er wissen muß, um sich vor Schaden zu bewahren"²⁾.

Andererseits besteht gegenüber dem jeweils anderen Auftraggeber die Pflicht, die von diesem ihm anvertrauten ungünstigen Umstände für sich zu behalten³⁾.

In diesem Pflichtenwiderstreit gibt BGH der Redepflicht den Vorrang vor der Schweigepflicht, da dies dem wohlverstandenen Interesse der beiden Auftraggeber entspreche: Angesichts des Vorteils, vom Makler über ungünstige Verhältnisse in der Sphäre des Gegners aufgeklärt zu werden, nähmen die Auftraggeber in Kauf, daß der Gegner seinerseits unterrichtet werde⁴⁾.

Dem BGH ist zuzugeben, daß die Aufklärungspflicht der Schweigepflicht grundsätzlich vorzuziehen hat, insbesondere

1) BGH aaO, 152.

2) BGH MDR 1970, 28 (U.v.14.5.1969) = DB 1969, 1288 = BB 1969, 894 = LM Nr. 33 zu § 652 BGB; BGH NJW 1968, 151; BGH JZ 1968, 69 (U.v.6.11.1967); BGH DB 1967, 505; BGH BB 1956, 733 (U.v.8.3.1956); RGZ 138, 94 (97).

3) BGH NJW 1968, 151.

4) BGH aaO; BGH DB 1967, 505.

in Fällen, in denen die Vermögensinteressen eines Auftraggebers erheblich gefährdet sind.

Andererseits besteht oft ein verständliches Interesse der Auftraggeber an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen, insbesondere derjenigen, die für die Preisgestaltung ausschlaggebend sein können.

Dies berücksichtigt BGH, indem er dem Makler untersagt, in Preisverhandlungen einzugreifen. Es ist nicht Aufgabe eines Vermittlers, den marktgerechten Preis zu bestimmen. Die Aushandlung des Preises, der sich nach Angebot und Nachfrage richtet und bei dem auch "oft spekulative Momente (Kaufkraft, Geldwert usw.) von erheblicher Bedeutung"¹⁾ sind, ist Sache der Parteien. Insbesondere darf der Makler - wie bereits erwähnt - nicht die Gegenpartei hinsichtlich des Preises beraten, selbst wenn diese darum bittet. Die Schweigepflicht hat hier also ausnahmsweise Vorrang vor der Redepflicht; will der Makler dennoch den einen Auftraggeber beraten, muß ihm dies ausdrücklich vom anderen Auftraggeber gestattet sein, oder der Makler muß gegenüber diesem von weiterer (Doppel-)Tätigkeit absehen²⁾.

D) Rechtsfolgen

- I. Verletzt der Makler seine Nebenpflichten, so wird er dem Auftraggeber gegenüber grundsätzlich Schadensersatzpflichtig. Die Haftung folgt aus der positiven Vertragsverletzung des Maklervertrags (§§ 652, 276, 286, 326, 280, 275, 325 BGB analog). Diese Haftungsgrundlage wurde von Schriftum und Rechtsprechung entwickelt - also auch hier war mangels gesetzlicher

1) BGH NJW 1968, 151.

2) Vgl. BGH aaO.

Regelung eine Rechtsfortbildung vonnöten - und ist seit mehr als 60 Jahren in ständiger Rechtsprechung anerkannt¹⁾.

Für den Schadensersatzanspruch genügt jedes Verschulden, also auch einfache Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), allerdings muß dem Auftraggeber ein Schaden entstanden sein, den er auch zu beweisen hat. Der jeweilige Auftraggeber (hier: Verkäufer) müßte beispielsweise dartun, daß der andere Auftraggeber (hier: Käufer) auch den zunächst geforderten höheren Kaufpreis gezahlt hätte, falls der Makler nicht die auch zu einem geringeren Preis bestehende Verkaufsbereitschaft offenbart hätte²⁾. Der Schaden ergibt sich hier aus der Preisdifferenz.

Der Provisionsanspruch - sofern er bereits entstanden ist - bleibt durch den Schadensersatzanspruch unberührt. Dieser kann gegenüber dem Lohnanspruch im Wege der Leistungsverweigerung (§§ 273, 320 BGB) geltend gemacht oder der Lohnanspruch über die Aufrechnung (§ 387 BGB) zum Erlöschen ex tunc (§ 389 BGB) gebracht werden. Der Makler seinerseits kann sich auf mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers (§ 254 BGB) berufen³⁾.

II. 1. Daneben kann der Makler bei schwerer Verletzung seiner Treuepflichten seinen Lohn verwirkt haben (§ 654 BGB). Die Verwirkung ist eine im Rechtsstreit von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung, die das Entstehen des Maklerlohns verhindert oder diesen zum Erlöschen bringt. Im Unterschied zum Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung, der nach wie vor daneben geltend gemacht werden kann⁴⁾, kann sich der Makler bei der Verwirkung

1) Vgl. Palandt § 276 A. 7a bb).

2) BGH NJW 1970, 1075.

3) BGH NJW 1962, 734 (735) (U.v.5.2.1962) = BGHZ 36, 323.

4) BGH aaO; BGH MDR 1970, 28; RG LZ 1918, S. 686 (687) (U.v.7.12.1917).

nicht auf ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers (§ 254 BGB) berufen¹⁾. Auch ist seitens des Auftraggebers kein Schadensnachweis nötig²⁾.

2. Unklar ist, ob und, wenn ja, welche subjektiven Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Verwirkung bejahen zu können.

Hier läßt sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine eindeutige Linie feststellen.

Ausdrücklich hat der Gesetzgeber die Verwirkungsfolge nur für den speziellen Fall der vertragswidrigen Doppel-tätigkeit angeordnet (§ 654 BGB).

Fraglich ist, ob bereits objektive Vertragswidrigkeit genügt oder ob noch zusätzlich subjektive Voraussetzungen nötig sind.

Läßt dies BGH MDR 1970, 28 offen, so erklärt BGH NJW 1968, 150 (152): Falls die Treuwidrigkeit objektiv feststehe, "bedarf es in aller Regel keiner besonderen Feststellung mehr, daß der Makler sich auch subjektiv einer derartigen Treuwidrigkeit schuldig gemacht hat". Damit hat der BGH die ständige Rechtsprechung von RG und BGH praktisch aufgegeben, die eine nähere Prüfung der Schuldfrage forderte. Zwar geht obige BGH-Entscheidung ebenfalls von dem Verwirkungserfordernis der subjektiven Vertragswidrigkeit aus, negiert dies aber im Ergebnis durch den Schluß vom objektiven auf den subjektiven Tatbestand. "Der Tatbestand des § 654 BGB indiziert den Schuldvorwurf"³⁾.

1) BGH NJW 1962, 734, (735).

2) BGH aaO; RGZ 113, 264 (269) (U.v.24.4.1926).

3) Weber mit Anmerkung zu dieser BGH-Entscheidung (LM Nr. 5 zu § 654 BGB).

Obige Entscheidung ist um so aufschlußreicher, als sich für das Fehlen der subjektiven Tatseite Anhaltspunkte ergaben, die doch diesbezüglich nähere Feststellungen hätten angeraten sein lassen: Der Makler hatte dem einen Auftraggeber (Käufer) auf dessen ausdrückliches Befragen hin erklärt, er halte den vom anderen Auftraggeber (Verkäufer) geforderten Preis für zu hoch. Möglicherweise hielt sich der Makler in Verkenntung des Umfangs seiner Vermittlerfunktion gutgläubig zu solcher Beratung für befugt, um so mehr, als der Verkäufer - wie der Makler wußte - ja nicht verkaufen mußte (Abschlußfreiheit). Dem Vermittler konnte also das Schuldbewußtsein hinsichtlich der Vertragswidrigkeit seines Tuns fehlen.

Im Gegensatz dazu forderte die frühere höchstrichterliche Rechtsprechung (auch des BGH) für § 654 BGB, daß der Makler schuldhaft gehandelt haben müsse und dies auch im Urteil näher auszuführen sei.

Allerdings läßt BGH nicht schon einfache Fahrlässigkeit - wie das RG - sondern nur grobe für die Verwirkungsfolge genügen. "Hat der Kläger (= Makler - Anm.d.Verf.) seine Treuepflicht verletzt, so bedarf es, (wie oben erwähnt - Anm.d. BGH selbst), für den Tatbestand der Verwirkung noch der Feststellung, daß er dabei mindestens grob leichtfertig gehandelt hat.¹⁾

BGH bezieht sich in diesem Urteil auf die grundlegende frühere BGH-Entscheidung BGH NJW 1962, 734 (U.v.5.2.1962): Dort - ein Doppelmakler hatte seine Aufklärungspflicht verletzt - faßt der BGH die RG-Rechtsprechung zusammen und knüpft an diese mit Einschränkung an.

1) BGH NJW 1964, 1467 (1469);
Unterstreichung vom Verfasser.

Auch nach RG verwirkt der Makler seinen Lohnanspruch erst bei schuldhaftem Verhalten, was näherer Prüfung bedürfte¹⁾. Allerdings läßt das RG bereits einfache Fahrlässigkeit genügen²⁾. Wenn das RG in einzelnen Entscheidungen die Schuld nicht ausdrücklich feststellt,³⁾ dann nur deshalb, weil sich diese zwingend - anders also als in der BGH-Entscheidung BGH NJW 1968, 150 (s.o.) - aus den Tatsachenfeststellungen ergibt: Im einen Fall stellte der Makler seinem Auftraggeber gegenüber unwahre Behauptungen auf (Einfluß auf Preisbemessung) und verschwieg ihm einen wesentlichen Umstand (daß die Genehmigungsbehörde das Dazwischentreten eines Vermittlers nicht dulde)⁴⁾; in der anderen RG-Entscheidung handelte der Makler gegen die eindeutigen Weisungen seines Auftraggebers und riet diesem Vertragsgegner von der Annahme einer Vertragsbedingung ab, die ihm von dem Auftraggeber als besonders erwünscht bezeichnet worden war⁵⁾. Festzuhalten bleibt, daß das RG in ständiger Rechtsprechung § 654 BGB erst bei schuldhaftem Verhalten des Maklers anwendet, was stets näher zu prüfen sei. Allerdings läßt das RG auch einfache Fahrlässigkeit genügen.

1) RG LZ 1920, S. 758, Nr. 4 (U.v.13.3.1920); RG LZ 1930, S. 383 (386), Nr. 3 (U.v.27.9.1929); RG LZ 1931, S. 624 (625), Nr. 3 (U.v.5.12.1930); RGZ 113, 264 (269) (U.v.24.4.1926); RG LZ 1910, S. 292, Nr. 18 (U.v.15.2.1910) = JW 1910, 284; RG JW 1913, S. 641, Nr. 4 (U.v.29.3.1913); unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß nur RG LZ 1931 aaO und RG JW 1913 aaO unmittelbar den Doppelauftrag behandeln, weil auch die übrigen Entscheidungen allgemeine Grundsätze zum Anwendungsbereich des § 654 BGB aufstellen. Dies hat auch BGH NJW 1962, 734 (hier: Verletzung der Aufklärungspflicht im Rahmen eines Doppelauftrags) unter Bezugnahme auf die genannte RG-Rechtsprechung ausgesprochen.

2) RG LZ 1920, S. 759; RG LZ 1930 aaO; RGZ 113 aaO; RG LZ 1910 aaO.

3) RG LZ 1918, S. 686 (U.v.7.12.1917); RG Recht 1911, Nr. 1119.

4) RG LZ aaO.

5) RG Recht aaO.

Der BGH folgt zunächst dieser Judikatur im Prinzip und postuliert seinerseits (auch) die subjektive Vertragswidrigkeit der Doppeltätigkeit als Verwirkungserfordernis¹⁾. Zugleich schränkt der BGH die RG-Rechtsprechung ein, indem er einen strengeren Schuldmaßstab (mindestens grobe Leichtfertigkeit nötig²⁾) anlegt und dies mit dem "offensichtlichen Strafcharakter des § 654 BGB begründet"³⁾.

Eine Abkehr von dieser Spruchpraxis läßt sodann BGH NJW 1968, S. 150 (s.o.) erkennen. Während noch BGH NJW 1964, 1467 ausdrückliche Feststellungen zur subjektiven Seite der Verwirkung fordert, entscheidet BGH NJW 1968, 152 im entgegengesetzten Sinn (s.o.)⁴⁾.

Zwar geht BGH auch hier theoretisch nach wie vor vom Verwirkungserfordernis (auch) der subjektiven Treuwidrigkeit aus, läßt aber die Verwirkungsfolge praktisch bereits bei objektiver Vertragswidrigkeit eintreten. Damit ist der BGH von der dem Makler günstigen engen Auslegung des § 654 BGB abgerückt, was Breiholdt⁵⁾ bedauert.

Diese Änderung der höchstrichterlichen Spruchpraxis ist zwar als begrüßenswerter Versuch des BGH anzusehen, auch im Wege der Rechtsprechung präventiv auf das Verhalten der Vermittler einzuwirken und so einen Beitrag zur Beseitigung der Mißstände im Maklerwesen zu leisten. Es wäre aber ehrlicher und dogmatisch sauberer gewesen, hätte der BGH

1) BGH NJW 1964, 1469; BGH NJW 1962, 734; BGH DB 1967, 505 (U.v.8.2.1967); BGH NJW 1968, 150; BGH AIZ 1958, 16 (U.v.10.1.1957 u.v.31.1.1957).

2) BGH NJW 1964 aaO; BGH NJW 1962 aaO; BGH DB 1967 aaO.

3) BGH NJW 1962, 735; ebenso BGH NJW 1964, 1468.

4) Beide Entscheidungen befassen sich mit der treuwidrigen Doppeltätigkeit des Maklers, sind also vergleichbar.

5) Breiholdt AIZ 1968, 136.

den Schuldmaßstab des RG übernommen, statt aus der objektiven Vertragswidrigkeit ein Schuldindiz abzuleiten.

Was hätte den BGH daran gehindert, unter ausdrücklicher Aufgabe seiner engen Auslegung des § 654 BGB (mindestens grobe Leichtfertigkeit nötig) sich wieder der RG-Rechtsprechung anzuschließen, die jedes schuldhafte Verhalten des Maklers im Rahmen des § 654 BGB genügen ließ?

Möglicherweise liegt der Grund hierfür u.a. darin, daß § 654 BGB von Lehre und Rechtsprechung nicht nur auf die Fälle der vertragswidrigen Doppeltätigkeit, sondern im Wege der Gesetzesanalogie auch auf sonstige schwere Treuepflichtsverletzungen des Maklers - ohne daß ein Doppelauftrag vorläge - angewendet wird. Der in diesem Rahmen (analoge Anwendung) gebotenen engen Auslegung des § 654 BGB hätte es aber nicht widersprochen, den § 654 BGB bei direkter Anwendung, bei vertragswidriger Doppeltätigkeit also, extensiv auszulegen und jedes schuldhafte Verhalten genügen zu lassen.

3. Über den gesetzlich geregelten Fall der Verwirkung bei vertragswidriger Doppeltätigkeit (§ 654 BGB) hinaus, hat die Rechtsprechung seit jeher eine Verwirkung auch bei sonstigen schweren Treuepflichtsverletzungen des Maklers angenommen, - ohne daß ein Doppelauftrag vorgelegen hätte.

Nach RG verwirkt der Makler, der "wesentlichen Vertragspflichten"¹⁾ zuwiderhandelt (Makler verleitet Vertragsgegner des Auftraggebers zur Lüge) und dadurch eine schwerwiegende Treuepflichtsverletzung begeht²⁾ (Mitteilungspflicht hinsichtlich Hausschwamm) "ohne weiteres"³⁾ seinen Lohnanspruch.

1) RG Recht 1907, S. 1401, Nr. 3489 (U.v.20.9.1907).

2) RG LZ 1910, S. 292, Nr. 18 (U.v.15.2.1910) = RG JW 1910, 284 = RG WarnR 1910, S. 154, Nr. 149; ebenso RG SeuffA 56, S. 127, Nr. 73 (U.v.10.4.1900).

3) RG Recht aaO.

"Ihre Rechtfertigung findet diese Auffassung einerseits in der Natur des Mäklervertrags und andererseits in dem allgemeinen Grundsatz, daß derjenige Vertragsteil, der seine Vertragspflicht schuldhafterweise nicht erfüllt und nicht mehr erfüllen kann, auch die Gegenleistung nicht zu fordern berechtigt ist"¹⁾.

Neben der hiermit gewährten "Einrede des nichterfüllten Vertrages"²⁾ läßt RG auch die "Einrede der Arglist"³⁾ zu. RG hält es in diesen sowie in einigen späteren Entscheidungen⁴⁾ für unnötig, die Vorschrift des § 654 BGB heranzuziehen. Ist es schon zweifelhaft, ob die Einrede des nichterfüllten Vertrags bereits bei (wenn auch noch so schwerer) Verletzung von Nebenpflichten zuzulassen ist, so ist es unverständlich, weshalb sich RG auf die allgemeine Einrede der Arglist stützt, während ein entsprechender Rechtsgedanke doch im Maklerrecht selbst Ausdruck gefunden hat (§ 654 BGB). Allerdings weist auch das RG in obigen Entscheidungen bereits auf die Parallele zu § 654 BGB hin ("wie im Falle des § 654 BGB"⁵⁾), den es in einem obiter dictum unter Hinweis auf die Protokolle (Prot II, 354) und die Motive (Mot II, 515) als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens (Verwirkung bei Verletzung der Mäklertreue) ansieht⁶⁾.

Mit eben diesem aus § 654 BGB folgenden allgemeinem Rechtsgedanken begründet das RG später schließlich doch die Verwirkung bei schuldhafter Verletzung von wesentlichen Treue-

1) RG LZ aaO.

2) RG SeuffA aaO; ebenso RG Recht aaO.

3) RG SeuffA aaO.

4) RG LZ 1918, S. 686 (U.v.7.12.1917); RG LZ 1920, S. 758, Nr. 4.

5) RG LZ 1918, aaO.

6) RG Recht aaO.

pflichten, ohne noch auf die früher gewährten Einreden (s.o.) einzugehen¹⁾.

Der BGH folgt dieser RG-Rechtsprechung²⁾, legt aber - wie auch bereits im Rahmen der direkten Anwendung des § 654 BGB - einen strengeren Verschuldensmaßstab an.

Während das RG zwar eine objektiv schwerwiegende Vertragsverletzung für die Verwirkung fordert³⁾, andererseits aber jedes schuldhafte Verhalten des Maklers genügen läßt⁴⁾, beugt der BGH im Schuldbereich einer allzu extensiven analogen Anwendung des § 654 BGB vor.

Nach BGH verwirkt der Makler seinen Provisionsanspruch nur in den Fällen, "in denen der Makler die Treuepflicht gegenüber seinem Auftraggeber vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat"⁵⁾. "In der Erfassung dieser Fälle liegt die eigentliche Bedeutung

1) RG LZ 1931, S. 624 (625), Nr. 3 (U.v.5.12.1930); RGZ 113, 264 (269) (U.v.24.4.1926); RG LZ 1930, S. 383 (386), Nr. 3 (U.v.27.9.1929).

2) BGH NJW 1962, 734 (U.v.5.2.1962) = BGHZ 36, 323: Diese Entscheidung behandelt zwar genaugenommen die Doppel-tätigkeit, aber BGH stellt hier allgemeine Grundsätze über die analoge Anwendung des § 654 auf; BGH NJW 1973, 1458 (1460): Der "in § 654 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke"; BGH NJW 1969, 1628 (U.v.25.6.1969).

3) Z.B. RG LZ 1920, S. 758 (759), Nr. 4; RG LZ 1930, S. 383 (386), Nr. 3; RGZ 113, 264 (269).

4) Worauf auch BGH NJW 1962, 735 hinweist.

5) BGH aaO; ebenso BGH NJW 1969, 1628 (Verwirkung, wenn der Makler mit dem Vertragsgegner des Auftraggebers Sonderabmachungen trifft und damit den Bestand des Hauptvertrags gefährdet und wenn er seinen Auftraggeber dem Verdacht der Steuerhinterziehung aussetzt).

des § 654 BGB¹⁾.

Damit hat der BGH die Gefahr einer ausufernden analogen Anwendung des § 654 BGB gebannt und auch dem Umstand Rechnung getragen, daß die Verwirkung des Maklerlohns nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers die Ausnahme bleiben soll. Allerdings kann dem § 654 BGB nicht die Intention des Normgebers entnommen werden, die Verwirkung solle ausschließlich nur bei vertragswidriger Doppeltätigkeit eintreten.

Zum einen sah auch der Gesetzgeber den § 654 BGB als Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsgedankens an²⁾. Andererseits war man sich bei der Kodifizierung des BGB über Art, Umfang und rechtliche Behandlung von Nebenpflichten im unklaren.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelte im Wege der Rechtsfortbildung einen umfangreichen Katalog von Nebenpflichten des Maklers. Eine diesbezügliche gesetzliche Aussage fehlt. Lediglich § 654 BGB läßt erkennen, daß der Gesetzgeber von einem (Nebenpflichten erzeugenden) Treueverhältnis zwischen Makler und Auftraggeber ausgegangen ist.

Die Verletzung der Nebenpflichten begründet einen Schadensersatzanspruch, der sich auf die von Rechtsprechung und Lehre entwickelte positive Vertragsverletzung (hier: des Maklervertrags) stützt. Darüber hinaus bildete die Judikatur den im § 654 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken fort und ließ die Verwirkung des Provisionsanspruchs allgemein bei schwerer Verletzung der Maklertreue eintreten.

Auch blieb es der Rechtsprechung überlassen, Art und Ausmaß der erlaubten Doppeltätigkeit (§ 654 BGB) näher zu bestimmen.

1) BGH NJW 1962, 735.

2) Vgl. Prot II, 354; Mot II, 515; RG Recht 1907, S. 1401, Nr. 3489.

Fünfter Abschnitt: Nebenpflichten des Auftraggebers

A) I. Das aufgrund des Maklervertrags zwischen Makler und Auftraggeber entstandene besondere Treueverhältnis erzeugt auch für den Auftraggeber Nebenpflichten¹⁾. Allerdings sind diese nicht so umfangreich wie die des Vermittlers; dies erklärt sich daraus, daß der Auftraggeber im Gegensatz zum Makler, der den Vertragsschluß herbeiführen soll, untätig bleibt und somit in aller Regel keine Gelegenheit findet, Treuepflichtsverletzungen zu begehen.

II. 1. Der Auftraggeber hat eine Auskunftspflicht²⁾. Er muß z.B. dem Makler die für die Erfüllung des Maklervertrags gegebenenfalls erforderlichen Angaben machen. Hat sich der Maklerauftrag erledigt, etwa durch Verkauf an einen vom Geschäftsherrn selbst gefundenen Interessenten, so muß der Auftraggeber dies dem Makler mitteilen; das gleiche gilt, falls der Hauptvertrag infolge des Nachweises oder der Vermittelung des beauftragten Vermittlers zustande kam; dann sind diesem die für die Provisionshöhe maßgeblichen Umstände offenzulegen.

2. Mitteilungen des Maklers hat der Auftraggeber vertraulich zu behandeln; läßt er die Hauptvertragsverhandlungen durch einen Dritten als Erfüllungsgehilfen durchführen, so haftet der Auftraggeber gem. § 278 BGB für diesen,

1) BGH NJW 1974, 137; BGH MDR 1970, 28; BGH JZ 1968, 69; BGH MDR 1963, 128; BGH BB 1956, 733; RG LZ 1910, S. 292, Nr. 18; auch im Dritten Abschnitt (Entschließungsfreiheit) wurde bereits auf den auch im Verhältnis Auftraggeber/Makler geltenden Grundsatz von Treu und Glauben hingewiesen - vgl. statt aller BGH NJW 1966, 1404 und RG WarnR 1929, S. 101 (104), Nr. 60.

2) Diesbezüglich stellen allgem. Grundsätze auf: BGH NJW 1957, 1026 (U.v.2.4.1957); BGHZ 10, 387 (U.v.28.10.1953); RGZ 158, 379 (U.v.19.11.1938); RGZ 126, 123 (U.v.5.11.1929); RGZ 108, 7 (U.v.4.5.1923).

"daß der andere das Angebot des Maklers vertraulich behandelt"¹⁾. Dies leuchtet ein, stellen doch die gesammelten Geschäftsmöglichkeiten, Vertragsinteressenten, Vertragsobjekte das Geschäftskapital des Maklers dar²⁾.

3. Wie bereits erörtert, steht es dem Auftraggeber grundsätzlich frei, ob er das vom Makler vermittelte Geschäft abschließen will; er braucht auf das Provisionsinteresse des Vermittlers keine Rücksicht zu nehmen³⁾. Freilich darf der Auftraggeber den Makler nicht um seinen Lohn bringen wollen⁴⁾, darf z.B. nicht den Makler beiseite schieben und "gleichwohl sich sein Arbeitsergebnis zunutze machen"⁵⁾. Insbesondere darf sich der Auftraggeber nicht dadurch der Provisionspflicht entziehen, daß nicht er selbst den Hauptvertrag abschließt, sondern dies einem Dritten auf dessen Namen und Rechnung überläßt⁶⁾. Nach RG⁷⁾ genügt die wirtschaftliche Gleichwertigkeit des vom Dritten abgeschlossenen Geschäfts mit dem vom Auftraggeber gewollten, um gegen diesen (Auftraggeber) den Maklerlohnanspruch entstehen zu lassen. Der BGH bejaht eine Provisionspflicht "jedenfalls dann . . . , wenn er (der Auftraggeber - Anm.d.Verf.) an dem Geschäft,

1) BGH AIZ 1962, 230 (U.v.2.2.1961).

2) Vgl. Dyckerhoff, S. 98.

3) Statt aller BGH 1967, 198; 1225; vgl. i. Ubrigen Abschnitt: Entschließungsfreiheit.

4) RG JW 1916, 585 (586).

5) BGH NJW 1966, 1405; im Ubrigen vgl. Abschnitt: Entschließungsfreiheit.

6) RG Recht 1928, Nr. 1280 (U.v.27.3.1928); RG WarnR 1937, Nr. 73; BGH LM Nr. 7 zu § 652 = AIZ 1960, 30.

7) RG Recht aaO.

das der Dritte abgeschlossen hat, wirtschaftlich beteiligt ist"¹⁾.

Schließlich handelt der Auftraggeber auch dann treuwidrig, wenn er unter Täuschung des zunächst beauftragten Maklers das Geschäft über einen zweiten Makler zum Abschluß bringt²⁾.

- B) I. Verletzt der Auftraggeber seine Nebenpflichten, so wird er - ebenso wie der Makler im umgekehrten Fall³⁾ - grundsätzlich schadensersatzpflichtig wegen positiver Vertragsverletzung des Maklervertrags⁴⁾.

Hierbei trägt der Makler die Beweislast für Verschulden und den ihm entstandenen Schaden, der i.d.R. in den fehlgeschlagenen Aufwendungen besteht und nur selten die Höhe der Provision erreicht.

Ein Provisionsanspruch unmittelbar aus § 652 Abs. 1 BGB (unterscheide Schadensersatzanspruch) entsteht grundsätzlich nicht, mag der Auftraggeber seine Treue- und Sorgfaltspflicht auch erheblich verletzt haben.

Zwar verwirkt der Makler im umgekehrten Fall seinen Provisionsanspruch (§ 654 BGB)⁵⁾, jedoch gibt es zu Lasten des Auftraggebers "kein Gegenstück zur Bestimmung des § 654 BGB"⁶⁾.

1) BGH LM aaO.

2) BGH BB 1968, 148 (U.v.6.12.1967); daneben gibt es noch einige weitere allgemein von Schrifttum und Rechtsprechung anerkannte Verhaltenspflichten des Auftraggebers, mit denen die höchstrichterliche Judikatur (noch) nicht befaßt war. Diese Nebenpflichten aufzuzeigen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

3) Weshalb obige Ausführungen entsprechend gelten - s.Abschnitt: Nebenpflichten des Maklers.

4) Siehe auch BGH BB 1968, 148.

5) Siehe oben Vierter Abschnitt, D.

6) BGH BB aaO.

II. Allerdings kommt die Rechtsprechung auf einem anderen Weg doch zu dem billigen Ergebnis, dem Makler bei grob treuwidrigem Verhalten des Auftraggebers nicht nur einen Schadensersatzanspruch, sondern einen Provisionsanspruch gem. § 652 BGB zuzuerkennen.

Zum einen wendet die Judikatur den § 162 Abs. 1 BGB auch im Rahmen des § 652 BGB an - wie bereits erörtert - und fingiert das Zustandekommen des Hauptvertrags¹⁾.

Zum anderen stellt sie an eine andere Voraussetzung für das Entstehen des Lohnanspruchs, nämlich die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit für den Hauptvertragsabschluß, keine strengen Anforderungen: Der Auftraggeber kann nämlich bereits dann provisionspflichtig werden, wenn die über den Vermittler zustande gekommenen Vertragsverhandlungen zunächst erfolglos abgebrochen und dann - ohne Mitwirkung des Maklers - wieder aufgenommen wurden und schließlich doch zum Geschäftsabschluß geführt haben²⁾.

Sechster Abschnitt: Eigenart und Rechtsnatur des Maklervertrags

Der Maklervertrag erzeugt zwischen Auftraggeber und Makler eine nur lockere rechtliche Bindung. Es entstehen lediglich Nebenpflichten (s.o. Vierter und Fünfter Abschnitt), dagegen noch keine Hauptpflichten. Weder ist der Makler zu einer Tätigkeit verpflichtet (s.o. Zweiter Abschnitt) noch der Geschäftsherr in seiner Entschliebung darin eingeschränkt, ob er es zu dem beabsichtigten Hauptvertragsschluß kommen lassen will (s.o. Dritter Abschnitt). Geschweige denn besteht aufgrund des Maklervertragsschlusses allein eine Provisionszahlungspflicht (dazu siehe ausführlich Zweiter Teil).

1) Vgl. oben Dritter Abschnitt: Entschliebungsfreiheit; statt aller BGH NJW 1966, 1404 (1405).

2) BGH MDR 1960, 283; die hier auftauchenden Kausalitätsprobleme werden im Zweiten Teil, dort Dritter Abschnitt eingehend dargestellt.

I. Der Gesetzgeber war sich bei der Kodifizierung des bürgerlichen Maklerrechts über den Inhalt des Maklervertrags nicht im klaren. Den Verfassern des BGB erschien es "bedenklich, für den bürgerlichen Maklervertrag, welcher erfahrungsgemäß in der verschiedensten Gestalt und mit dem abweichendsten Inhalt vorkommt, so häufig derselbe auch in der Gegenwart sein mag, eine Rechtsregel aufzustellen, welche für viele Fälle paßt, während sie für andere Fälle unpassend erscheint"¹⁾.

Vor allem ließ es der Gesetzgeber dahingestellt, ob der Makler aufgrund des Maklervertrags eine Vermittlungstätigkeit entfalten müsse; folglich blieb bereits deswegen die Frage der Rechtsnatur des Maklervertrags unentschieden²⁾, der nach Mot II, 511 "mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages", haben kann.

Andererseits sahen die Verfasser des BGB den Maklervertrag als besondere Vertragsart an³⁾, die sich nicht unter die bekannten Vertragsformen subsumieren ließ. Daher wurde dem Maklervertrag ein eigener Titel (8. Titel) eingeräumt; auch geht die Anerkennung des Maklervertrags als eigene Vertragsart aus seiner bewußt gewählten Anordnung zwischen Werkvertrag (§§ 631 ff BGB) und Auslobung (§§ 657 ff BGB) hervor⁴⁾.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung folgte der Intention des Gesetzgebers, eine Vertragsart sui generis zu schaffen und bemühte sich, das den §§ 652 ff BGB zugrunde liegende gesetzliche Leitbild des Maklervertrags⁵⁾ herauszuarbeiten.

1) Mot II, 511.

2) Mot aaO; Löden, S. 33; Mugdan II, 285.

3) So auch schon vorher RG DJZ 1897, S. 365, Nr. 70 (U.v.30.6.1897).

4) Vgl. auch Erman § 652 A. 6; Mittelstädt, S. 7.

5) BGH NJW 1965, 246; BGH NJW 1966, 1406; BGH NJW 1967, 1226; BGH NJW 1973, 1194; 1459.

II. 1. Die Eigenart des Maklervertrags liegt - wie bereits ausgeführt - darin, daß durch seinen Abschluß zwar Nebenpflichten, aber noch keine Hauptpflichten begründet werden. Der Makler ist nicht zum Tätigwerden, der Auftraggeber nicht zum Abschluß des vom Vermittler nachgewiesenen oder vermittelten Vertrags verpflichtet. Die eigentliche Hauptpflicht, die Provisionszahlungspflicht des Geschäftsherrn - das Hauptanliegen des Gesetzgebers¹⁾ - entsteht ebenfalls noch nicht mit dem Zustandekommen des Maklervertrags, das lediglich ein Lohnversprechen (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB "verspricht") bedeutet. Vielmehr muß der Vermittler außerdem noch tätig werden und der Auftraggeber daraufhin den Hauptvertrag abschließen, wozu jeweils keine Rechtspflicht besteht. Erst dann sind die weiteren (neben dem Maklervertragsabschluß) Anspruchsvoraussetzungen des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB, nämlich Zustandekommen des gewünschten Hauptvertrags aufgrund ursächlicher Maklertätigkeit, erfüllt.

2. Gerade dies, daß der Maklervertragsabschluß selbst noch keine Provisionszahlungspflicht erzeugt, hierfür vielmehr noch weitere Handlungen des Maklers (Tätigwerden) und des Auftraggebers (Abschluß des Hauptvertrags) erforderlich sind - wozu sie, wie gesagt, jeweils nicht verpflichtet sind - ist die charakteristische Besonderheit des Maklervertrags²⁾, die im Vertragsrecht keine Parallele findet.

Zwar entsteht auch bei der Auslobung (§§ 657 ff BGB) der Belohnungsanspruch erst bei "Vornahme einer Handlung",

1) Mot II, 512.

2) Deshalb auch die Behandlung der Anspruchsvoraussetzungen für das Entstehen der Provision gem. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB in einem eigenen Zweiten Teil.

aber die Auslobung ist "Schuldbegründung durch bindendes einseitiges Versprechen"¹⁾. Weder ist also ein Auslobungsvertrag nötig (unterscheide Maklervertrag), noch hat der Auslobende auf das Entstehen des Belohnungsanspruchs Einfluß (unterscheide Abschlußfreiheit des Auftraggebers), insbesondere kann er die Entstehung des Lohnanspruchs nicht verhindern.

Im Dienst- und Werkvertragsrecht (das Auftragsrecht der §§ 662 ff BGB ist mangels Entgeltlichkeit insoweit nicht vergleichbar) entsteht der jeweilige Vergütungsanspruch bereits mit dem Vertragsschluß (§§ 611 A. 1, 631 Abs. 1 BGB), wobei lediglich die Fälligkeit hinausgeschoben ist (§§ 614, 641 BGB)²⁾.

Auch das Schuldversprechen des § 780 BGB ("versprochen") begründet bereits unmittelbar einen schuldrechtlichen Anspruch, ohne daß weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Schließlich kann der mögliche Provisionsanspruch des Maklers auch noch nicht als Anwartschaftsrecht betrachtet werden, weil dazu eine rechtlich gesicherte Rechtsstellung des Vermittlers nötig wäre, die sich als Vorstufe zum Vollrecht ansehen lassen mußte³⁾. M.a.W. mußte bereits eine vom Auftraggeber unzerstörbare Rechtsposition

1) Pal.-Thomas § 657 A. 1.

2) Zudem besteht im Unterschied zu diesen Vertragsarten keine Tätigkeitspflicht des Maklers, geschweige denn eine Pflicht, einen bestimmten Erfolg (so der Werkvertrag) herbeizuführen. Andererseits stellt sich die Maklertätigkeit als Dienstleistung dar, so daß der Maklervertrag gemeinsam mit dem Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag zu der Gruppe der Dienstleistungsverträge zu rechnen ist.

3) Pal.-Heinrichs Einf. vor § 158 A. 3; Pal.-Degenhart § 929 A. 6 Bb; Pal.-Degenhart § 925 A. 6b aa; s.a. BAG DB 1972, 1486 (1488).

entstanden sein; der Auftraggeber kann aber eben durch Verweigerung des Hauptvertragsschlusses das Entstehen des Maklerlohnanspruchs verhindern. Dies schließt aber nicht aus, den möglichen Lohnanspruch als rechtlich geschützte (unterscheide: gesicherte) Anwartschaft (unterscheide: Anwartschaftsrecht) zu bezeichnen - so der BGH¹⁾.

Nach BGH "verdient" sich der Vermittler den Vergütungsanspruch durch die von ihm ausgeübte Tätigkeit, "wenn- gleich er ihn erst endgültig mit dem Eintritt des Erfolgs, nämlich dem Abschluß des Hauptvertrags, erwirbt"²⁾.

III. 1. Die Provisionszahlungspflicht stellt sich somit als ein durch den Maklervertrag begründetes Lohnversprechen (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB: "verspricht") dar, das freilich erst bei Erfüllung einer Rechtsbedingung, nämlich bei Zustandekommen des Hauptvertrags infolge der Maklertätigkeit, den Maklerlohnanspruch entstehen läßt.

Zumindest ungenau ist die Umschreibung als "bedingtes Lohnversprechen"³⁾ oder als aufschiebend bedingte Verpflichtung⁴⁾, weil das Zustandekommen des Hauptvertrags - wie bereits an anderer Stelle dargelegt⁵⁾ - keine echte Bedingung im Sinne des § 158 BGB, sondern eine Rechts-

1) BGH NJW 1965, 964 (U.v.3.3.1965).

2) BGH aaO; in dem entschiedenen Fall war der Hauptvertrag zwar aufgrund (ursächlicher) Maklertätigkeit - aber erst nach dessen (des Maklers) Tod - abgeschlossen worden. Über die Konstruktion einer rechtlich geschützten Anwartschaft konnte BGH den Erben den Provisionsanspruch zusprechen; s.a. BGH NJW 1974, 1081 (U.v.13.3.1974), 2277 (U.v.20.9.1974).

3) So die Motive zu § 1254 sächs BGB (insoweit mit § 652 BGB vergleichbar, weil erfolgsbestimmt) abgedr.i.Pöschmann, S. 271.

4) So Larenz SchR II, § 50, S. 247.

5) S.Abschnitt: Entschließungsfreiheit.

bedingung¹⁾ ist. Es ließe sich allenfalls die Kurzbezeichnung: aufschiebend rechtsbedingtes Lohnversprechen vertreten.

2. Legt man die herkömmliche Unterscheidung in einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge zugrunde²⁾, so läßt sich der "reine"³⁾ Maklervertrag nur schwerlich einordnen.

Der Maklervertrag ist kein zweiseitiger (also weder gegenseitiger noch unvollkommen zweiseitiger) Vertrag, weil der Vertragsschluß keinerlei Hauptpflichten erzeugt⁴⁾.

Die von Mittelstädt⁵⁾ mit der Treuepflicht des Maklers begründete Ansicht, die einen gegenseitigen Vertrag annimmt, übersieht, daß die Treuepflicht nur eine Nebenverpflichtung ist und obendrein die Provisionszahlungspflicht nicht notwendigerweise entsteht. Auch vermag sein Argument, der Gesetzeswortlaut des § 652 BGB ("Lohn(es)") spreche für einen Vertrag gegenseitiger Art, nicht zu überzeugen, wollte doch gerade der Gesetz-

1) RG JW 1911, 758¹⁵; Erman-Wagner § 652 A. 5; Pal.-Heinrichs Einf. vor § 158 A. 2; Pal.-Thomas § 652 A. 4 E.

2) Vgl. Pal.-Heinrichs Einf. vor § 320 A.1.

3) Darunter versteht man den typischen gesetzlichen Maklervertrag, der nicht durch vertragliche Ausgestaltung in einen atypischen Maklervertrag umgewandelt wurde - dazu siehe bereits oben Zweiter Abschnitt, B I.

4) RG JW 1911, 758; vgl. a. Pal.-Thomas Einf. vor § 652 A. 3a (falsch insoweit Pal.-Heinrichs Einf. vor § 320 A.1c bb); Glaser-Warncke, S. 61; Enneccerus-Lehmann § 157 A.I 1a.

5) Mittelstädt, S. 6.

geber selbst¹⁾ die Frage der Rechtsnatur des Maklervertrags offenlassen. Daher ist auch die sich ebenfalls auf den Gesetzeswortlaut ("Lohn(es)") in § 652 BGB, "übertragene Leistung" in § 653 Abs. 1 BGB) beziehende Begründung Ermans²⁾ für die Zweiseitigkeit des Maklervertrags abzulehnen.

Der Maklervertrag ist strenggenommen auch kein einseitig verpflichtender Vertrag, weil die Provisionszahlungspflicht nicht notwendigerweise, sondern nur möglicherweise entsteht.

Der Maklervertrag ist als Vertrag eigener Art anzusehen³⁾.

Siebter Abschnitt: Ergebnis und Stellungnahme zur Rechtsfortbildung

A) Die höchststrichterliche Rechtsprechung bestimmte rechtsfortbildend Inhalt und Rechtsnatur des vom Gesetzgeber nur mangelhaft konzipierten Maklervertrags.

Teils konkretisierte oder ergänzte die Judikatur die gesetzliche Regelung, teils traf sie neue Aussagen zu vom Gesetzgeber bewußt offengelassenen oder übersehenen Fragen.

1. Die Rechtsprechung entschied sich gegen eine Tätigkeitspflicht des Maklers und legte damit die Rechtsnatur des Maklervertrags als eines einseitigen Vertrages eigener Art fest.

2. Umgekehrt wurde dem Auftraggeber - gemäß der gesetzlichen Intention - die Entschließungsfreiheit zuerkannt, die es aber zu begrenzen galt.

1) Mot II, 511.

2) Erman § 652 A.6.

3) Vgl. RG JW 1911, 758¹⁵⁾; RGRK Einf. vor § 652 A.1; Staudinger-Riedel Einf. vor § 652 A 3a; Pal.-Thomas Einf. vor § 652 A. 3a.

3. Das gesetzliche Maklerrecht wurde um einen umfangreichen Katalog von beiderseitigen Nebenpflichten erweitert; mit dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung wurde eine neue Haftungsgrundlage geschaffen, um (u.a.) auch Sorgfalts- und Treuepflichtsverletzungen schadensrechtlich erfassen zu können.
4. Die Rechtsprechung beschränkte sich nicht darauf, die Fälle vertragswidriger Doppeltätigkeit (§ 654 BGB) in einer umfangreichen Kasuistik zu konkretisieren; darüber hinaus entwickelte die Judikatur den in § 654 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken weiter, den sie auch bei schweren Treueverstößen des Maklers anwendet.

B) Erst die höchstichterliche Rechtsfortbildung des Maklerrechts verwirklichte die vom Gesetzgeber mit der Kodifizierung verfolgte Absicht, in diesem Bereich mehr Rechtsklarheit zu schaffen.

Erklärtes Hauptanliegen des Gesetzgebers war es, die Anspruchsvoraussetzungen für das Entstehen des Maklerlohns festzulegen¹⁾.

Die damit zusammenhängenden Fragen nach Wesen und Rechtsnatur des Maklervertrags selbst ließ der Gesetzgeber jedoch unbeantwortet. Er scheute sich, angesichts der Vielgestaltigkeit der in der Praxis benutzten Maklerverträge einen bestimmten Grundtypus des Maklervertrags gesetzlich zu fixieren²⁾: "Es verdient deshalb den Vorzug, sich der Entscheidung, wie der Maklervertrag in der fraglichen Beziehung aufzufassen ist, zu enthalten und auch von einer einfachen, für Zweifelsfälle berechneten Auslegungsregel abzusehen"³⁾.

Aus Gründen der Rechtsklarheit wäre es aber gerade Aufgabe⁴⁾ des

1) Mot II, 512 - dazu siehe Zweiter Teil.

2) Mot II, 511.

3) Mot II, aaO.

4) Larenz SchR I, § 1, S. 2; vgl.a. Esser SchR I, § 2, S. 6.

Normgebers gewesen, den Grundtypus, den "rechtlichen Strukturtypus"¹⁾ des Maklervertrags, wie er den tatsächlich gebrauchten Vertragsgestaltungen zugrunde liegt, zu "finden"²⁾ und gesetzlich zu verankern.

Jeder Vertragsart liegt ein spezifischer - aus deren Funktion folgender - rechtlicher Strukturtypus zugrunde, der sich aus einer "sinnvollen Verbindung"³⁾ der einzelnen typenbildenden Merkmale ergibt. Aus dem so gewonnenen Grundtyp des reinen Maklervertrags erschließt sich erst das Verständnis für die das Maklerrecht betreffenden Probleme. Der rechtliche Strukturtypus dient als "Mittel der Erfassung und Darstellung von Rechtsverhältnissen"⁴⁾, er ist "Sinngestalt"⁵⁾ zur Verdeutlichung der besonderen Vertragsart des Maklervertrags.

Erst mit Hilfe des rechtlichen Strukturtyps lassen sich die im Zusammenhang mit dem reinen Maklervertrag auftretenden Einzelprobleme lösen, auch können nur so die von der gesetzlichen Regelung abweichenden Vertragsgestaltungen - die sog. atypischen Maklerverträge - in ihrer Eigenart erfaßt und rechtlich zutreffend beurteilt werden⁶⁾.

Der Gesetzgeber versäumte es, das Wesen des Maklervertrags deutlich zu machen. Statt die mit der Einräumung eines eigenen Titels (8. Titel § 652 ff BGB) eingeschlagene Richtung konsequent weiterzuverfolgen und die Eigenart des Maklervertrags zu präzisieren, begnügte sich der Normgeber mit einer Verweisung auf die ergänzend heranzuziehenden Vorschriften des Werkvertrags-, Dienstvertrags- und Auftragsrechts⁷⁾.

1) Löden, S. 270; Larenz, Methodenlehre, S. 338.

2) Larenz aaO, S. 341.

3) Larenz aaO; Löden S. 269.

4) Larenz aaO, 338.

5) Larenz aaO.

6) Vgl. a. Löden, S. 269; dazu siehe später Dritter Teil.

7) Mot II, 510.

Die Umwandlung des Maklervertrags von einem "offenen" Vertragstyp¹⁾ in einen "geschlossenen" Vertragstyp²⁾ gelang nur unvollkommen, weshalb sich mit Löden von einem "halb-geschlossenen"³⁾ Vertragstyp sprechen läßt.

Es blieb der höchstrichterlichen Spruchpraxis überlassen, den Maklervertrag von ähnlichen Vertragsarten abzugrenzen, seinen rechtlichen Strukturtypus zu beschreiben und ein "gesetzliches Leitbild des Maklervertrags"⁴⁾ zu entwickeln.

- C) Ist danach die richterliche Fortentwicklung des Maklerrechts zwar sachlich gerechtfertigt, so stellt sich dennoch die Frage nach ihrer Legitimation. Bedenken ergeben sich aus der Gesetzesbindung der rechtsprechenden Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG).

I. Geht schon der (Bundes-)Gesetzgeber von der grundsätzlichen Zulässigkeit der richterlichen "Fortbildung des Rechts" (§ 137 GVG) aus⁵⁾, so ist diese auch allgemein im Schrifttum⁶⁾ und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung selbst⁷⁾

1) Larenz, Methodenlehre, S. 343.

2) Larenz aaO.

3) Löden, S. 270.

4) Statt aller BGH NJW 1973, 1459.

5) Worauf auch BGHZ 3, 308 (315) (U.v.30.10.1951) und BVerfG NJW 1973, 1221 (1225) (Beschl.v.14.2.1973) ausdrücklich hinweisen.

6) Vgl. Lieb/Westhoff DB 1973, 69 ff; Redeker NJW 1972, 409 ff; Larenz NJW 1965, 1 ff; J.Esser: Grundsatz und Norm i.d.richterlichen Fortbildung d.Privatrechts, S. 242.

7) BVerfG NJW 1973, 1221 (Beschl.v.14.2.1973): Bestätigung d.ständigen BGH-Rspr zum Persönlichkeitsrecht; BVerfGE 21, 73 (79) (Beschl.v.12.1.1967); BVerfGE 13, 153 (161) (Beschl.v.10.10.1961); BVerfGE 10, 234 (244) (Beschl.v.15.12.1959); BVerfGE 3, 225 (243) (U.v.18.12.1953); BGHZ 39, 124 (131) (U.v.5.3.1963); BGHZ 35, 363 (U.v.19.9.1961); BGHZ 26, 349 ("Herrenreiterurteil"); BGH NJW 1959, 2262 (U.v.14.10.1959); BGHZ 18, 44 (49) (U.v.24.6.1955); BGHZ 17, 267 (275) (U.v.18.5.1955); BGHZ 3, 308 (315); BAG DB 1972, 1486 ff (U.v.10.3.1972); RGZ 24, 45 (50) (U.v.2.2.1889); RGZ 162, 247 (U.v.22.12.1939).

anerkannt.

Die Rechtsfortbildung wird als Aufgabe und Pflicht der Judikatur angesehen¹⁾, freilich meist ohne nähere Begründung der Legitimation; zumeist wird von der Aufgabe auf die Befugnis geschlossen²⁾.

Das Wesen der richterlichen Rechtsfortbildung ist "bisher wenig deutlich geworden"³⁾, "die Legitimation ist (aber) dogmatisch im Grunde doch nicht problematisch"⁴⁾.

Letzterer Ansicht ist auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)⁵⁾, das die Schwierigkeiten nicht so sehr in der Rechtfertigung der Rechtsfortbildung als solcher, sondern vielmehr in deren Ausmaß sieht: "Fraglich können nur die Grenzen sein, die einer solchen schöpferischen Rechtsfindung mit Rücksicht auf den aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der Rechtsprechung gezogen werden müssen"⁶⁾.

II. 1. Richterliche Rechtsfortbildung bedeutet Aufstellen von Rechtsregeln, die nicht unmittelbar einem Gesetz entnommen

1) BVerfG NJW 1973, 1225; BGHZ 3, 308 (315); BGHZ 17, 267 (276); BAG DB 1972, 1486 (1490); RGZ 24, 50; RGZ 162, 247.

2) Vgl. RGZ 24, 50; RGZ 162, 247.

3) Redeker NJW 1972, 409.

4) Redeker aaO, 412.

5) BVerfG NJW 1973, 1221; diese Entscheidung bestätigt die Rechtsfortbildung des BGH zu § 253 BGB, nämlich: (Leitsatz) "Die Rechtsprechung der Zivilgerichte, wonach bei schwerster Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Ersatz in Geld auch für immateriellen Schaden beansprucht werden kann, ist mit dem Grundgesetz vereinbar".

6) BVerfG aaO, 1225.

werden können, sei es, daß eine vorgegebene Norm mehrere erkenntnistheoretisch mögliche gleichrangige Auslegungsergebnisse offenläßt, sei es, daß ein "passendes" Gesetz überhaupt fehlt.

Entscheidendes Kriterium der Rechtsfortbildung ist das rechtsschöpferische Element, der "volitive Gehalt der Rechtsgewinnung"¹⁾.

Damit umfaßt die Rechtsfortbildung nicht nur die eigenständige Rechtssetzung des Richters bei Schweigen des Gesetzgebers²⁾, sondern auch die Auslegung eines vorhandenen Gesetzes. Unter Auslegung in diesem Sinn ist eine solche extra bzw. contra legem als auch eine praeter legem³⁾ zu verstehen; schließlich gehört auch dazu die bloße Bildung von Auslegungsgrundsätzen bzw. die Konkretisierung einer Norm⁴⁾.

2. Auch bei der Entwicklung allgemeiner Auslegungsregeln schöpft der Richter Recht; er füllt die abstrakte gesetzliche Regelung mit Wesen und Inhalt, wobei der Sinn des Gesetzes zu erforschen ist. Hierzu dienen die grammatische (Wortlaut), teleologische (Zweck), historische (Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte) und die systematische (Sinnzusammenhang) Auslegungsmethoden⁵⁾.

1) Redeker NJW 1972, 410.

2) Was Larenz NJW 1965, 2 als "offene Rechtsfortbildung" im Unterschied zur "verdeckten Rechtsfortbildung" (= Subsumtion) bezeichnet.

3) So auch Lieb/Westhoff DB 1973, 76.

4) So auch Redeker aaO, 412; Esser aaO, S. 267; Kleinknecht § 137 GVG A. 3.

5) BVerfGE 11, 126 (130) (Beschl.v.17.5.1960); BVerfGE 1, 299 (312) (U.v.21.5.1952); BGH NJW 1967, 343 (346) (U.v.30.6.1966).

Die Zulässigkeit dieser - der Intention des historischen Gesetzgebers folgenden - Art der Rechtsfortbildung ergibt sich aus der Abstraktheit, der Offenheit des Gesetzes selbst¹⁾, das die Rechtsprechung dadurch zur inhaltlichen Ausgestaltung auffordert.

In diesen Bereich der Rechtsfortbildung gehören die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Entschließungsfreiheit des Auftraggebers und zur ver-
tragswidrigen Doppeltätigkeit (§ 654 BGB) des Maklers.

3. Ergibt die richterliche Befragung des Gesetzes eine "nach-
trägliche Regelungslücke"²⁾ - sei es, daß der historische
Gesetzgeber eine genaue Regelung absichtlich unterlassen hat³⁾,
sei es, daß eine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt⁴⁾ -
so darf der Richter die vorhandene Regelung "zu Ende denken"⁵⁾.

Diese Auslegung praeter legem ist "unbedenklich"⁶⁾; im einen
Fall will ja der Gesetzgeber gerade "die Entscheidung der
Wissenschaft und Praxis Überlassen"⁷⁾, im anderen Fall
handelt der Richter im Sinne des historischen Gesetzgebers,
wenn er die übersehene aufbauwidrige Lücke schließt. Beide
Male ist Art. 20 Abs. 3 GG beachtet.

1) Redeker aaO, 412; BVerfGE 3, 225 (243); BVerfGE 13, 153 (162);
BVerfGE 21, 73 (79); RGZ 24, 45 (50).

2) BAG DB 1972, 1490.

3) RGZ 162, 247.

4) RGZ aaO; Lieb/Westhoff DB 1973, 69.

5) Lieb/Westhoff aaO.

6) RGZ 162, 247.

7) RGZ aaO.

In diesem Zusammenhang lassen sich als Beispiele aus dem Maklerrecht einerseits die vom Gesetzgeber bewußt offengelassenen Fragen der Tätigkeitspflicht des Maklers und der Rechtsnatur des Maklervertrags, andererseits die unterlassene Erwähnung von Nebenpflichten nennen.

4. Problematischer ist die Legitimation der Rechtsfortbildung extra bzw. contra legem, die sich über den Willen des historischen Gesetzgebers hinwegsetzt.

Hierbei hält der Richter die vorgegebene gesetzliche Regelung samt den ihr zugrunde liegenden Wertungen für ungenügend¹⁾.

Die Norm, die "ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftspolitischen Anschauungen"²⁾ steht, muß der "gewandelten Rechtauffassung" und den "tiefgreifenden technischen und sozialen Entwicklungen"³⁾ Rechnung tragen. Rechtsfortbildung in diesem Sinn bedeutet damit "Anpassung an die berechtigten Bedürfnisse einer sich ständig wandelnden gesellschaftlichen Wirklichkeit"⁴⁾.

Da für die Gesetzesauslegung nicht der historische, sondern der objektive Wille des Gesetzgebers maßgeblich ist⁵⁾, ist der Rahmen des Art. 20 Abs. 3 GG (Gesetzesbindung der rechtsprechenden Gewalt) eingehalten.

Nach dieser objektiven Theorie bildet Auslegungsgegenstand das Gesetz selbst, nämlich "der im Gesetz objektivierter Wille

1) Lieb aaO.

2) BVerfG NJW 1973, 1225.

3) BGHZ 39, 131; BGHZ 17, 267 (275); BGHZ 2, 176 (184); ebenso BVerfG aaO; Lieb aaO, S. 76.

4) BGH NJW 1959, 2262.

5) BVerfGE 1, 299 (312) (U.v.21.5.1952); BVerfGE 11, 126 (130); BVerfGE 10, 234 (244); BGH NJW 1967, 343 (346) (U.v.30.6.1966).

des Gesetzgebers"¹⁾. Um diesen Willen zu erfassen, sind zwar alle obigen (grammatische, teleologische, systematische, historische) Auslegungsmethoden anzuwenden, allerdings kommt der historischen Methode hierbei nur subsidiäre Bedeutung zu.²⁾ "Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftigen Funktionen sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann"³⁾.

Hierbei kann sich auch eine Auslegung gegen den sprachlich eindeutigen Wortlaut einer Norm ergeben⁴⁾, wie dies etwa auch in der BGH-Rspr zu § 253 BGB - unter Bestätigung durch das BVerfG - zum Ausdruck gekommen ist⁵⁾.

Eine derartige Auslegung trägt angesichts des "Alterns der Kodifikationen"⁶⁾ und der Enthaltensamkeit des (Reform-)Gesetzgebers⁷⁾ dem Erfordernis der gerechten Entscheidung⁸⁾ Rechnung. Diese Rechtsfortbildung verletzt nicht nur nicht Art. 20 Abs.3 GG - der Richter befolgt ja den (objektiven) Sinn des Gesetzes - sondern leitet ihre Berechtigung aus eben dieser Verfassungs-

1) BVerfGE 11, aaO.

2) BVerfGE 1, aaO; BVerfG NJW 1973, 1225; BVerfGE 11, aaO; BVerfGE 10, aaO; BGH NJW 1967, 343 (346); RGZ 128, 102 (111) (U.v.26.3.1930).

3) BVerfG NJW 1973, 1225.

4) BGHZ 18, 44 (49); BGHZ 17, 267 (276); BGHZ 39, 124 (131); BGHZ 35, 363; BGHZ 26, 349; BVerfG NJW 1973, 1221.

5) Statt aller BGHZ 39, 124.

6) BVerfG NJW 1973, 1225; ebenso BGHZ 39, 124 (132).

7) BVerfG aaO; Lieb aaO, S. 76.

8) BGHZ 17, 276; BGHZ 3, 315.

norm ab (Art. 20 Abs. 3 GG: Bindung des Richters an Gesetz und R e c h t ¹⁾).

Der Richter "ist zur freieren Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, 'Recht' zu sprechen, verfehlen will"²⁾...."Dieses Ergebnis (der Rechtsfortbildung - Anm.d.Verf.) ist 'Recht' i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG - nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterführung des geschriebenen Gesetzes"³⁾.

Freilich ist das aus Art. 20 Abs. 3 GG gewonnene Argument nicht völlig überzeugend, könnte sich der Richter doch immer auf das "Recht" i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG berufen, wenn er vom Gesetz abweichen will⁴⁾.

Dies deutet auch das BVerfG an, das die Frage nach den rechtsstaatlichen Grenzen einer solchen (mit Art. 20 Abs. 3 GG begründeten) schöpferischen Rechtsfindung aufwirft und - unzulänglich - mit dem "Altern der Kodifikationen" und der Untätigkeit des Gesetzgebers beantwortet⁵⁾.

Demgegenüber ist das vom BAG geforderte Zulässigkeitskriterium des "Rechtsnotstandes"⁶⁾ aussagekräftiger. Danach ist eine Rechtsfortbildung extra legem nur zulässig, wenn "ein rechtsethisches Prinzip in einer für das allgemeine Rechtsbewußt-

1) BGHZ 17, 276; BGHZ 18, 49; dabei Hervorhebung vom BGH selbst; ebenso BVerfG NJW 1973, 1225.

2) BVerfG aaO, 1225.

3) BVerfG aaO, 1226.

4) In diesem Zusammenhang gewinnt die Forderung von Larenz NJW 1965, 10 Bedeutung: Jede Rechtsfortbildung bedarf "einer besonders sorgfältigen Begründung, die erkennen läßt, daß und warum sie aus rechtlichen Gründen geboten ist".

5) BVerfG NJW 1973, 1225; allerdings leitet das BVerfG (an anderer Stelle) das Recht zur Rechtsfortbildung im konkreten Fall aus gegenüber § 253 BGB höherrangigem Recht (Art.2 Abs.1 GG) ab.

6) BAG DB 1972, 1486 (1490) (U.v.10.3.1972).

sein unerträglich Weise unberücksichtigt¹⁾ ist.

Für eine derartige Fortentwicklung des Rechts findet sich im Maklerrecht kein Beispiel²⁾.

5. Bei der Rechtsfortbildung sine lege³⁾ schließlich steht dem Richter keine auf den vorliegenden Lebenssachverhalt irgendwie "passende" Norm zur Verfügung⁴⁾.

Unter Beachtung des Art. 20 Abs. 3 GG hat der Richter seine Entscheidung auf Gesetz und Recht zu stützen. Demgemäß leitet er entweder aus bestimmten Normen, die rechtsähnliche Tatbestände regeln, ein im Einzelfall anwendbares Rechtsprinzip ab (Analogie- bzw. Umkehrschluß) oder er gewinnt seine Entscheidung im Wege der freien Rechtsfindung aus der Gesamtrechtsordnung⁵⁾.

Auch bei dieser Art der Rechtsfortbildung ist also "Recht" (Art. 20 Abs. 3 GG) Grundlage der richterlichen Entscheidung.

In diesem Zusammenhang ist auf die Gesetzesanalogie zu § 654 BGB sowie die in Rechtsanalogie zu §§ 276, 275, 280, 325, 326 BGB gebildete Haftungsgrundlage der positiven Vertragsverletzung⁶⁾ hinzuweisen.

Die Fortbildung des Maklerrechts durch die höchstrichterliche Rechtsprechung war sachlich geboten und ist dogmatisch gerechtfertigt.

1) Lieb aaO; Larenz, Methodenlehre 1. Aufl. 1960, S. 320
BAG unter Bezugnahme auf Larenz aaO.

2) Wegen der Vollständigkeit der Übersicht konnte allerdings nicht auf die Darstellung auch dieser Art der Rechtsfortbildung verzichtet werden.

3) Palandt Einl.V A.3 nennt sie Rechtsergänzung.

4) Weshalb - mangels einer Norm - auch die Mittel der Auslegung versagen.

5) Palandt aaO A.3c; nach Larenz NJW 1965, S. 7: "Ableitung neuer Rechtssätze oder Ausbildung neuer Rechtsinstitute aus den der Rechtsordnung immanenten Prinzipien".

6) Die natürlich nicht nur im Maklerrecht Anwendung findet.

ZWEITER TEIL

DER PROVISIONSANSPRUCH DES MAKLERS ALS BESONDERHEIT DES MAKLERVERTRAGS

Die vom Gesetzgeber nur unzulänglich beantworteten Fragen nach Inhalt und Rechtsnatur des Maklervertrags erforderten eine diesbezügliche Klärung durch die höchstrichterliche Rechtsfortbildung - wie im Ersten Teil darzustellen war.

Während aber die Verfasser des BGB insoweit zum Teil bewußt von einer näheren Ausgestaltung des Maklerrechts absahen¹⁾, so war es doch andererseits gesetzgeberisches Hauptanliegen, die Anspruchsvoraussetzungen für das Entstehen der Provision im einzelnen festzulegen²⁾.

Doch auch diese Regelung erwies sich als unzureichend. Es ergab sich auch hier für das RG und den BGH die Aufgabe, das mangelhaft konzipierte Recht des Zivilmaklers fortzubilden und die einzelnen Anspruchselemente des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB zu konkretisieren bzw. zu ergänzen.

Wie bereits dargestellt (s.o. Erster Teil, Sechster Abschnitt), liegt die Besonderheit des Maklervertrags darin, daß das bloße Zustandekommen des Maklervertrags noch keinen Provisionsanspruch erzeugt, hierfür lediglich e i n e Voraussetzung bildet. Der Maklerlohn entsteht vielmehr erst dann, wenn folgende w e i t e r e Anspruchselemente gegeben sind: Es muß zwischen einem Dritten und dem Auftraggeber der von diesem gewünschte Hauptvertrag abgeschlossen worden sein und die vom Makler erbrachte Tätigkeit hierfür ursächlich gewesen sein.

1) Mot II, 511.

2) Mot II, 512.

Erster Abschnitt: Das Zustandekommen des Maklervertrags

- A) Die erste gesetzliche Anspruchsvoraussetzung für das Entstehen des Provisionsanspruchs ist das Zustandekommen eines gültigen Maklervertrags.

Der Maklervertrag kann ausdrücklich - mündlich oder schriftlich - aber auch stillschweigend abgeschlossen werden. Es besteht kein Formzwang, insbesondere ist auch § 313 BGB wegen der Abschlußfreiheit des Auftraggebers¹⁾ nicht anwendbar; jedoch lassen sich die Makler üblicherweise den Maklerauftrag schriftlich geben²⁾. Dieses - nach BGH zweckmäßige, wenn auch nicht notwendige³⁾ - Vorgehen wirkt den mit dem stillschweigenden Vertragsschluß verbundenen Beweisschwierigkeiten entgegen und trägt der entsprechenden höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung.

- B) I. Der Maklervertrag kann - wie jeder formlose Vertrag - auch stillschweigend zustande kommen. Dazu ist nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen ein beiderseitiges Verhalten erforderlich und genügend, das jeweils für den anderen Vertragspartner er-

-
- 1) Allerdings ist die Form des § 313 BGB einzuhalten, falls sich Verkäufer oder Käufer ausnahmsweise zum Abschluß des zu vermittelnden Grundstücksveräußerungsvertrages verpflichtet haben (sog. Abschlußverpflichtungsklausel - dazu siehe später Dritter Teil, Dritter Abschnitt, D) - vgl. z.B. BGH NJW 1971, 93, 557; BGH NJW 1970, 1915: hier Abschlußverpflichtungsklausel des Verkäufers; beachte, daß im Gegensatz zu BGHZ 53, 394 und BGH NJW 1973, 1458 gem. der Neufassung des § 313 BGB nunmehr auch die Erwerbsverpflichtung und damit die entsprechende Abschlußverpflichtungsklausel (auch) des Käufers formbedürftig ist.
- 2) Vgl. Mormann WM 1971, 1066; vgl. a. die umfangreiche Formularvertragsmappe des RDM (RDM-Werbe-GmbH & Co. Organisationsgesellschaft).
- 3) BGH DB 1960, 1005 (U.v.4.7.1960) = BB 1960, 918; BGH AIZ 1960, 127 (U.v.17.3.1960): empfiehlt Unterzeichnung eines Auftragsscheins mit Provisionsverpflichtung; ebenso Bauch AIZ 1969, 97 (100).

kennbar einen bestimmten Rechtsfolgewillen (Angebot und Annahme zum Abschluß eines Maklervertrags) ausdrückt. Hierbei ist zunächst zu untersuchen, was die Parteien tatsächlich gewollt bzw. verstanden haben, dann, welches Verhalten eine Willenserklärung beinhaltet und welche Umstände oder welche evtl. bestehende Verkehrssitte dabei zu berücksichtigen sind (Erklärungstatbestand)¹⁾. Anschließend ist der daraus folgende objektive Erklärungswert zu prüfen, d.h. es ist zu fragen, wie der jeweilige Erklärungsempfänger das Verhalten nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte verstehen konnte und mußte - § 133 BGB (Erklärungswert)²⁾.

II. Der Intention des Gesetzgebers folgend³⁾ zieht die höchst-richterliche Judikatur diese allgemeinen Vertragsgrundsätze auch im Maklerrecht heran: "Ein derartiger Vertrag kann stillschweigend dadurch zustande kommen, daß der Makler bei Anknüpfung der Verhandlungen deutlich zu erkennen gibt, daß er auch für den von ihm angesprochenen Interessenten tätig werden und von ihm Provision beanspruchen wolle und wenn dieser, obwohl er den Willen des Maklers erkannte oder erkennen mußte, ein schlüssiges Verhalten bekundet, das dem Makler die Überzeugung aufdrängt, es sei der Wille zum Abschluß eines Maklervertrags vorhanden. In diesem Fall muß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von der Annahme des Antrags des Maklers auf Abschluß eines

1) Z.B. BGHZ 20, 109 (111) (U.v.23.2.1956); BGHZ 36, 33 (U.v.5.10.1962); RGZ 96, 273 (276) (U.v.17.9.1919); Lorenz AT, § 19 II, S.292; Palandt § 133 A. 1b.

2) BGH DB 1957, 991 (U.v.13.6.1957); BGHZ 20, 109 (111); BGHZ 36, 33; RGZ 96, 273 (276); RGZ 119, 21 (25) (U.v. 21.11.1927); RGZ 131, 343 (351) (U.v.19.2.1931) m.w.N.; Lorenz AT, § 19 II, S. 279; Palandt § 133 A. 1b, 3b.

3) Mot II, 510.

Maklervertrags ausgegangen werden"¹⁾.

Es ist also auf das Verhalten beider Seiten abzustellen.

Die Initiative kann sowohl vom Makler als auch vom Interessenten (und potentiellen Auftraggeber) ausgehen; dies ist für die Frage, welchen Erklärungssinn das jeweilige Verhalten hat und welche Partei den Vertragsantrag (§ 145 BGB) gestellt hat, von Bedeutung²⁾.

Wie obig zitierte BGH-Entscheidung bereits vermuten läßt, geht allerdings i.d.R. die Initiative vom Makler aus³⁾. Den einschlägigen RG- und BGH-Entscheidungen liegt regelmäßig folgender Sachverhalt zugrunde: Der Makler erhält von einem Grundstücksv Verkäufer einen Maklerauftrag und inseriert das Grundstückverkaufsangebot, woraufhin sich ein Kaufinteressent meldet; oder der Vermittler sendet unaufgefordert das Verkaufsangebot potentiellen Käufern zu. Demgemäß prüft die höchststrichterliche Rechtsprechung auch zumeist, ob sich das Verhalten des Vermittlers als Angebot zum Abschluß eines Maklervertrags und die Reaktion des Interessenten als Vertragsannahme auffassen läßt.

1. a) Ein schlüssiges Angebot seitens des Vermittlers liegt nur dann vor, wenn er durch sein Verhalten "unmißverständlich"⁴⁾, "eindeutig"⁵⁾, "deutlich"⁶⁾ und somit

1) BGH DB 1957, 991.

2) Vgl. BGH WM 1971, 1098 (1099) (U.v.21.5.1971) = DB 1971, 2058; Schmidt-Salzer MDR 1969, 184.

3) Vgl. Rechtsprechungsübersicht von Moormann WM 1971, 1066; s.a. Schmidt-Salzer aaO, 184.

4) Z.B. BGH AIZ 1968, 310 (U.v.29.5.1968);

5) BGH WM 1971, 1098 (1099); BGH WM 1971, 904; BGH NJW 1967, 1365 (1366) (U.v.19.4.1967); BGH AIZ 1960, 127 (U.v.17.3.1960).

6) BGH AIZ 1959, 29 (U.v.16.10.1958); BGH DB 1959, 231 (U.v. 12.1.1959); BGH NJW 1958, 298 (U.v.12.12.1957); BGH DB 1957, 991 (U.v.13.6.1957); BGH JR 1953, 424 (U.v.4.7.1953); RG JW 1921, S. 1313 (1314), Nr.9 (U.v.27.4.1921) = RG LZ 1921, 615.

für den Interessenten "erkennbar"¹⁾ zum Ausdruck gebracht hat, daß er (Makler) auch für ihn (Interessenten) tätig werden und im Erfolgsfall Provision auch von ihm verlangen wolle.

Hierfür genügt beispielsweise noch nicht das im (Makler-) Auftrag eines Grundstücksverkäufers (Auftraggeber) durch den Makler in der Zeitung inserierte Verkaufsangebot, das lediglich eine Suchanzeige darstellt²⁾.

Auch ist die unaufgeforderte Zusendung von Objektbeschreibungen³⁾ oder die auf entsprechende Anfrage des Interessenten hin erfolgende Mitteilung der Lage und des Eigentümers des Grundstücks⁴⁾ allein noch nicht als schlüssiges Angebot anzusehen. Dies ist erst dann der Fall, wenn das Provisionsinteresse des Vermittlers irgendwie zum Ausdruck kommt.

Hierfür genügt nicht nur die ausdrückliche Erklärung des Maklers, daß die "ortsübliche Maklergebühr verlangt werde"⁵⁾, sondern auch der Hinweis: "die Käufer-Maklergebühr ist 3 % des Kaufpreises"⁶⁾ oder "die Provision beträgt 3 % des Kaufpreises, siehe Geschäftsbedingungen"⁷⁾.

1) BGH WM 1971, 904, 1098; BGH AIZ 1965, 19 (U.v.16.11.1964); BGH AIZ 1960, 13 (U.v.23.3.1959); BGH NJW 1958, 298; RG JW 1917, S. 101, Nr. 2 (U.v.7.11.1916); ebenso sinngemäß RG JW 1905, S. 138, Nr. 17 (U.v.13.1.1905); RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318 (U.v.14.6.1910); RG HRR 1934, Nr. 795 (U.v.28.11.1933); RGJW 1921, S. 1313 (1314), Nr. 9.

2) BGH WM 1971, 1098; ebenso Glaser-Warncke, S. 116; Bauch AIZ 1969, 97; Schmidt-Salzer MDR 1969, 183.

3) BGH DB 1957, 991; BGH DB 1959, 231.

4) BGH NJW 1958, 298; BGH AIZ 1968, 310.

5) BGH AIZ 1959, 29

6) BGH NJW 1967, 1365.

7) BGH WM 1971, 904; BGH AIZ 1968, 310.

b) Ob der Vertragswille des Maklers für den Interessenten genügend erkennbar war, ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung Tatfrage¹⁾; Unklarheiten gehen zu Lasten des Maklers, der für die Anspruchsvoraussetzung: Zustandekommen des Maklervertrags nach allgemeinen Beweislastregeln beweispflichtig ist²⁾.

c) Etwas ungenau bezeichnet die Rechtsprechung verschiedentlich auch den erst im Wege der Wertung zu gewinnenden (objektiven) Erklärungssinn des Maklerverhaltens, ob nämlich der Interessent die Provisionsabsicht des Vermittlers erkannte oder hätte erkennen müssen, als Tatfrage³⁾. Tatfrage ist jedoch nur die Feststellung des Erklärungstatbestandes, d.h. wie der Makler tatsächlich aufgetreten ist und welche Umstände (evtl. Verkehrssitte) dabei zu berücksichtigen sind. Rechtsfrage hingegen ist die (rechtliche) Wertung der daraus folgenden Erklärungsbedeutung, die Auslegung des Maklerverhaltens⁴⁾.

Letztlich geht aber auch die höchstrichterliche Judikatur von dieser Abgrenzung aus; die obigen mißverständlichen Entscheidungen wollen lediglich zum Ausdruck bringen, daß nicht genügend Tatsachen festgestellt sind, die den eindeutigen Schluß auf ein stillschweigendes Vertragsangebot des Maklers zulassen und daß Tatsachen- im Gegensatz zu Rechtsfragen vom Revisionsgericht nicht geklärt werden können. Dies zeigt auch BGH WM 1971, 904 (905), wonach

1) BGH NJW 1958, 298 = BGH DB 1958, 77; BGH DB 1959, 231; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

2) BGH NJW 1958, 298; BGH NJW 1971, 1098 (1099); BGH AIZ 1960, 127; BGH DB 1959, 231.

3) Vgl. etwa BGH DB 1959, 231; BGH NJW 1958, 298; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

4) Ebenso Schmidt-Salzer aaO, 186; Larenz AT § 19 II, S.292; Palandt § 133 A. 1b, c.

die Auslegung (ob das Provisionsinteresse des Maklers genügend erkennbar war) vom Revisionsgericht vorgenommen werden könne, weil die maßgeblichen tatsächlichen Umstände unstreitig seien¹⁾.

Auch unterscheidet die Rechtsprechung sonst allgemein bei der Auslegung zwischen der Tatfrage: Feststellung des Erklärungsstatbestands und der Rechtsfrage: Beurteilung der Erklärungsbedeutung²⁾.

- d) Festzuhalten bleibt, daß die Rechtsprechung bei der Prüfung der Frage, ob das Verhalten des Maklers ein schlüssiges Vertragsangebot darstellt, die allgemeinen Auslegungsgrundsätze (§ 133 BGB) anwendet. Ein stillschweigendes Angebot liegt erst dann vor, wenn sich aus dem Verhalten des Maklers ein eindeutiger auf den Abschluß eines Maklervertrags gerichteter objektiver Erklärungs- wert ergibt. Die Judikatur fordert dabei aber nicht etwa eine eindeutige, deutliche, unmißverständliche Angebots- erklärung seitens des Maklers - sonst läge ja bereits ein ausdrückliches Vertragsangebot vor, auch gäbe es dann keinen Streit über das Zustandekommen des Maklervertrags - sondern verlangt nur, daß sich (erst) im Wege der Aus- legung ein "eindeutiger, erkennbarer, deutlicher, unmiß-

1) BGH WM 1971, 904 (905).

2) BGHZ 23, 263 (270) (Beschl.v.5.2.1957); BGHZ 20, 109 (111) unter Bezugnahme auf RG JW 1915, 650; JW 1927, 514; WarnR 1909, Nr. 340; RGZ 105, 417 (419) (U.v.6.12.1922); RGZ 131, 343 (350) (U.v.19.2.1931); möglicherweise erklärt sich die teilweise mangelhaft getroffene Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage aus der von RG und BGH geübten Praxis, die Auslegung i.w.S. (Tat- und Rechtsfrage) grs.der Vorinstanz zu überlassen und die Rechtsfrage (Erklärungswert) nur in engem Rahmen nachzuprüfen (z.B. unrichtige Anwendung e.Gesetzes, Verstoß gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze - vgl. BGHZ 23 aaO, RGZ aaO); dazu siehe auch Larenz AT, § 19 II, S. 293.

verständlicher" Erklärungssinn aus dem Auftreten des Vermittlers gewinnen läßt, nämlich sein Vertragswille.

Dies wird auch dadurch bestätigt, daß es hierbei auf den objektiven Erklärungswert ankommt. Ein schlüssiges Vertragsangebot liegt nicht nur dann vor, wenn der Interessent im Verhalten des Maklers ein solches tatsächlich erkannte, sondern auch dann, wenn er es als solches hätte erkennen müssen¹⁾.

Die in diesem Zusammenhang von Knieper geäußerte Kritik, die Rechtsprechung wende die Grundsätze des stillschweigenden Vertragsschlusses im Maklerrecht nicht an, weil sie vom Makler eine ausdrückliche - nicht mehr auslegungsfähige - Erklärung fordere²⁾, ist daher verfehlt. Kniepers Irrtum wird offensichtlich, wenn er anschließend folgert: "Es bedarf die Rechtsprechung der Einschränkung: Vertragsangebot ist nicht nur die ausdrückliche Erklärung, Provision zu verlangen, sondern jedes Verhalten, das von dem Empfänger als Vertragsangebot verstanden wurde oder verstanden werden mußte"³⁾.

Eben davon geht die höchstrichterliche Rechtsprechung gerade aus, die allerdings das für den Interessenten erkennbare (also auch das nicht ausdrücklich erklärte) Provisionsinteresse des Vermittlers als Hauptkriterium für den stillschweigenden Maklervertragsabschluß heranzieht.

- e) Auch die von Schmidt-Salzer geäußerten Bedenken überzeugen nicht, der nur das Erkennen, nicht aber das Erkennen-müssen für das stillschweigende Vertragsangebot genügen

1) Z.B. BGH NJW 1958, 298; BGH DB 1957, 991; RG HRR 1934, Nr. 795; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

2) Knieper NJW 1970, 1293.

3) Knieper aaO, 1294.

lassen will, da sonst - so Schmidt-Salzer - das Unklarheitenrisiko auf den Interessenten abgewälzt werde¹⁾.

Schmidt-Salzer negiert damit im Maklerrecht die allgemeinen Auslegungsgrundsätze und dabei insbesondere, daß es im Interesse des redlichen Verkehrs auf den objektiven Erklärungswert eines Verhaltens ankommen muß. Auch bleibt das Unklarheitenrisiko nach wie vor bei dem Makler, der für den Erklärungstatbestand beweispflichtig ist²⁾. Dies wird auch durch die Empfehlung des BGH an die Makler, die Maklerverträge zweckmäßigerweise schriftlich abzuschließen³⁾, bestätigt.

- f) Fragwürdig ist jedoch die Forderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, es müsse nicht nur der Wille des Maklers, für den Interessenten tätig zu werden, erkennbar sein, sondern auch dessen (des Maklers) Absicht, im Erfolgsfall Provision zu verlangen⁴⁾.

Damit zieht die Judikatur die Vorschrift § 653 Abs. 1 BGB bereits bei der Prüfung der Frage heran, ob ein Maklervertrag zustande gekommen ist, während § 653 Abs. 1 BGB doch gerade einen bereits abgeschlossenen Maklervertrag voraussetzt⁵⁾. Es wird nicht zwischen der Frage des stillschweigenden Vertragsangebots und derjenigen der stillschweigenden Provisionsvereinbarung (§ 653 Abs. 1 BGB) unterschieden⁶⁾.

1) Schmidt-Salzer MDR 1969, 182.

2) Statt aller BGH NJW 1971, 1098 (1099).

3) BGH DB 1960, 1005; BGH AIZ 1960, 127.

4) BGH NJW 1970, 700 (701); BGH AIZ 1962, 91; BGH AIZ 1960, 127; BGH AIZ 1959, 29; BGH DB 1957, 991; RG HRR 1934, Nr. 795; RG JW 1917, S. 101, Nr. 2; RG JW 1921, S. 1313, (1314), Nr. 9; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

5) Vgl. § 653 BGB ("übertragene Leistung"); Palandt § 653 A.2; Dyckerhoff, S. 8.

6) Ebenso Knieper aaO, 1294.

Dies zeigt sich auch darin, daß die Gerichte das Problem des stillschweigenden Maklervertragsschlusses verschiedentlich im Zusammenhang mit § 653 BGB behandeln¹⁾.

Wenn auch die Berufung unmittelbar auf § 653 BGB dogmatisch falsch ist, so ist doch andererseits zu berücksichtigen, daß §§ 652 ff BGB vom Grundsatz der Entgeltlichkeit ausgehen. Die Regelung der Vergütungsfrage war gerade das Hauptanliegen des Gesetzgebers²⁾, auch enthält § 653 Abs. 1 BGB expressis verbis die Vermutung der Entgeltlichkeit. Daher ist die Erkennbarkeit auch des Provisionsinteresses ein sicheres Kriterium für die Beurteilung, ob ein stillschweigendes Vertragsangebot seitens des Vermittlers vorliegt.

Die Erkennbarkeit lediglich der Absicht des Maklers, auch für den Interessenten tätig werden zu wollen, läßt diesen Schluß noch nicht zu; dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Makler bereits einen Maklerauftrag von einem Grundstücksverkäufer erhalten hat. Im Bemühen, den Verkauf zu tätigen und sich damit die Provision vom Grundstücksverkäufer zu verdienen, wird der Vermittler - objektiv gesehen - auch für den Interessenten tätig, indem er diesem Unterlagen zusendet, dessen Anfragen beantwortet u. d.. Weder braucht der Makler (auch) mit diesem Interessenten einen (zweiten) Maklervertrag abschließen wollen, sei es, daß ihm die Doppeltätigkeit (vom Grundstücksverkäufer) untersagt ist (§ 654 BGB), sei es, daß er mit dem Interessenten keine (Nebenpflichten erzeugende) vertragliche Bindung

1) Z.B. BGH NJW 1970, 700 (701); RG JW 1905, S. 138, Nr. 17; RG HRR 1934, Nr. 795.

2) Mot II, 512.

eingehen will. Noch muß umgekehrt der Interessent glauben, der Makler wolle auch mit ihm einen Maklervertrag abschließen. Der potentielle Käufer kann vielmehr zunächst davon ausgehen, daß der Vermittler lediglich im Interesse des Grundstücksverkäufers (seines ersten Auftraggebers) tätig wird und nur von diesem Provision verlangen wolle, wenn er Auskünfte erteilt, Exposés zusendet¹⁾.

- g) Daher braucht sich der Interessent hier - anders, wenn die Initiative von ihm ausgeht - nicht die für ein stillschweigendes Maklervertragsangebot sprechende Vermutung entgegenhalten lassen, gewerbsmäßige Makler würden nur gegen Entlohnung tätig²⁾.

Der auch im Rahmen des Doppelauftrags stillschweigend mögliche³⁾ (zweite) Maklervertragsabschluß ist häufig, woraus allein aber noch keine Vermutung für ein stillschweigendes Vertragsangebot des Maklers folgt⁴⁾. Die Häufigkeit begründet noch keine Verkehrssitte⁵⁾, die bei der Auslegung des Maklerverhaltens zu berücksichtigen wäre⁶⁾.

Ein stillschweigendes Vertragsangebot des Maklers liegt also dann vor, wenn der Interessent (und potentielle Auftraggeber) erkannte oder erkennen mußte, der Vermittler wolle (auch) für ihn tätig werden und im Erfolgsfall (auch) von ihm Provision fordern.

1) BGH WM 1971, 904; BGH AIZ 1965, 19 (U.v.16.11.1964) = WarnR 1964, S. 594, Nr. 259; BGH JR 1953, 424; RG JW 1917, S. 101, Nr. 2; RG JW 1921, S. 1313 (1314), Nr. 9; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

2) BGH WM 1971, 1098 (1099); BGH AIZ 1965, 19; BGH AIZ 1960, 127.

3) Statt aller BGH WM 1971, 904, 1098 (1099).

4) BGH DB 1958, 77 (U.v.12.12.1959); Bauch AIZ 1969, 98; aA Knieper NJW 1970, 1294.

5) BGH NJW 1968, 151; RG HRR 1938 Nr. 280; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

6) BGH DB 1957, 991; RGZ 96, 273 (276); Larenz AT, § 19 II, S. 283; Palandt § 133 A. 1b, 3b.

2. Der Maklervertrag kommt stillschweigend zustande, wenn der Interessent das schlüssige Vertragsangebot des Maklers durch schlüssiges Verhalten annimmt (§§ 145, 151 BGB).

Eine derartige Vertragsannahme ist dann zu bejahen, wenn sich der Interessent die Maklerdienste gefallen läßt, obwohl ihm die Absicht des Vermittlers erkennbar war oder sein mußte, für ihn (den Interessenten) tätig zu werden und im Erfolgsfall von ihm Provision zu verlangen¹⁾. Die Entgegennahme der Maklerdienste(Erklärungstatbestand) trotz Erkennbarkeit des Provisionsinteresses hat den für den Makler unmißverständlichen²⁾ Erklärungssinn der Vertragsannahme. Auch hierbei kommt es auf den objektiven Erklärungswert, also darauf an, wie der Erklärungsempfänger (Makler) das Verhalten des Interessenten nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte verstehen konnte oder mußte³⁾.

Daher ist der entgegenstehende Wille des Interessenten unbeachtlich⁴⁾, sofern dieser nicht vor Entgegennahme der Maklerdienste in einer für den Makler erkennbaren Weise erklärt wurde⁵⁾.

Der Interessent kann auch nicht einwenden, er habe das Angebot auf Abschluß eines Nachweismaklervertrags nicht mehr anzunehmen brauchen, da er den Nachweis bereits zugleich mit eben diesem Angebot erhalten habe⁶⁾.

1) BGH WM 1971, 904; BGH WM 1970, 855; BGH NJW 1970, 200; BGH AIZ 1968, 310; BGH AIZ 1962, 91; BGH DB 1957, 991; BGH JR 1953, 424; RG HRR 1928, Nr. 419; RG JW 1917, S. 101, Nr. 2; RG WarnR 1910, S. 331, Nr. 318.

2) Vgl. BGH AIZ 1968, 310.

3) BGH DB 1957, 991; RGZ 96, 273 (276); Palandt § 133 A. 3b.

4) BGH AIZ aaO.

5) BGH AIZ 1965, 19; RG HRR aaO.

6) BGH WM 1971, 904; BGH AIZ 1968, 310.

3. Auch wenn die Initiative ausnahmsweise nicht von dem Makler, sondern von dem Interessenten ausgeht, gelten obige Grundsätze, nur werden an die Erkennbarkeit des Provisionsinteresses bzw. des Vertragswillens des Maklers geringere Anforderungen gestellt: "Wendet sich ... jemand ... an einen Makler und verlangt von ihm den Nachweis oder die Vermittelung eines Kaufgeschäfts, dann muß er damit rechnen, daß der Makler sein Verlangen als Angebot auf Abschluß eines Maklervertrags versteht und im Tätigwerden des Maklers die Annahme dieses Angebots liegt"¹⁾. Es gilt nämlich die Vermutung, daß der gewerbsmäßige Makler nicht umsonst tätig wird²⁾. Ebenso ist zu entscheiden, falls jemand von sich aus per Zeitungsinserat einen Geschäftsabschluß anzubahnen versucht und er den sich daraufhin meldenden Makler um Zusendung von Unterlagen bittet³⁾.

Es bleibt somit festzustellen, daß ein Maklervertrag auch durch schlüssiges Verhalten der Parteien zustande kommen kann und daß die Judikatur hierbei die von ihr entwickelten allgemeinen Vertragsgrundsätze anwendet.

Zweiter Abschnitt: Abschluß des gewünschten Hauptvertrags

A) Allgemein

- I. Eine neben dem Maklervertragsschluß weitere wichtige Voraussetzung für das Entstehen des Maklerlohnanspruchs ist das wirksame Zustandekommen des vom Auftraggeber beabsichtigten Hauptvertrags. Der Makler erfüllt als Mittler zwischen Angebot und

1) BGH WM 1971, 1098 (1099).

2) BGH aaO; BGH NJW 1970, 700 (702); BGH AIZ 1960, 127; ebenso Schmidt-Salzer MDR 1969, 183.

3) Vgl. BGH AIZ 1969, 288; AIZ 1959, 29.

Nachfrage, als "Stufe im Gesamtablauf eines Umsatzgeschäfts"¹⁾, eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion, deren Wert jedoch allein vom Erfolg abhängt. Die daraus resultierende Lücke, daß die mangelnde Markttransparenz gewünschte Geschäftsverbindungen erschwert oder hindert, schließt der marktkundige Makler. Führt die Maklertätigkeit nicht zum Erfolg, d.h. zum Geschäftsabschluß, dann hat sie sich für den Auftraggeber (wie auch für die Volkswirtschaft) als nutzlos erwiesen. Die aus der volkswirtschaftlichen Vermittlerfunktion folgende Erfolgsbestimmtheit der Vermittlertätigkeit und Erfolgsabhängigkeit des Provisionsanspruchs ist das entscheidende typenbildende Element des Maklervertrags.

II. Ging hiervon schon das RG vor der Kodifizierung des BGB aus²⁾, so war dies auch tragender Gesichtspunkt für die gesetzliche Fixierung des bürgerlichen Maklerrechts³⁾. Die Erfolgsbezogenheit des Maklerlohns hat auch ihren eindeutigen Ausdruck im Gesetz gefunden: "... zur Entrichtung des Lohnes **n u r** verpflichtet, wenn der Vertrag ... zustande kommt" (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB).

III. Die höchstrichterliche Rechtsprechung, die die Anspruchsvoraussetzung: Zustandekommen des Hauptvertrags als einen für das gesetzliche Leitbild des Maklervertrags wesentlichen Punkt ansieht⁴⁾, hatte sich in diesem Zusammenhang mit zwei Problemkreisen zu befassen.

1. Die Makler, für die die gesetzliche Regelung ungünstig ist
(Gefahr, daß trotz evtl. umfangreicher Bemühungen des Maklers

1) Knieper NJW 1970, 1295.

2) Vgl. RG SeuffA 45, S. 31, Nr. 13 (U.v.1.5.1889); RGZ 25, 319 (320) (U.v.6.2.1890); und so auch größtenteils das gemeine sowie auch das preußische Recht - vgl. RGZ aaO, Mot II, 512.

3) Mot II, 512.

4) Statt aller BGH NJW 1973, 1459 (U.v.18.5.1973); BGH WM 1970, 392 (U.v.3.12.1969); BGH NJW 1966, 2008.

wegen der Abschlußfreiheit des Auftraggebers kein Provisionsanspruch entsteht), versuchten, das Erfolgsmoment auszuschalten. Sie ließen und lassen sich (auch heute) durch von dem dispositiven Gesetz abweichende Vereinbarungen einen Maklerlohn auch für den Fall zusagen, daß es nicht zum erstrebten Geschäftsabschluß kommen würde.

Aufgabe der höchstrichterlichen Judikatur war es, hier geeignete - sowohl der Vertragsfreiheit als auch dem Normzweck des § 652 BGB gerecht werdende - Kriterien zu entwickeln.

Dies wird im Dritten Teil darzustellen sein.

2. Auch blieben entgegen der Absicht des Gesetzgebers, der eine eindeutige Vergütungsregelung treffen wollte¹⁾, noch viele Zweifelsfragen offen.

Es galt zu präzisieren, welche Wirksamkeitsvoraussetzungen bei dem Zustandekommen des Hauptvertrags erfüllt sein müssen bzw. welche Konsequenzen sich für die Provision bei dessen nachträglichem Wegfall ergeben. Es war die Provisionsfrage in den Fällen zu beantworten, in denen der tatsächlich abgeschlossene Hauptvertrag von dem gewünschten inhaltlich abwich.

Schließlich war zu klären, zwischen welchen Parteien der Geschäftsabschluß zustande gekommen sein mußte, wollte man eine Provisionspflicht bejahen.

B) Vollwirksamer Hauptvertrag

Soll der Lohnanspruch entstehen und bestehen bleiben, muß ein gültiger Hauptvertrag abgeschlossen worden sein, der auch nicht wieder nachträglich wegen einer im Vertragsschluß selbst liegenden Unvollkommenheit beseitigt werden darf.

1) Vgl. Mot II, 512

I. Erforderlich ist, daß ein schuldrechtlicher Hauptvertrag in rechtlich wirksamer Weise zustande gekommen ist.

1. Der Vertrag muß vollwirksam sein, er darf nicht "aus irgendwelchen Gründen"¹⁾ nichtig (z.B. §§ 105, 125, 134, 138 BGB) oder sonst unwirksam (z.B. §§ 108, 182 BGB) sein, insbesondere müssen etwaige Formvorschriften beachtet werden²⁾.

Ebensowenig genügt ein von einer Genehmigung abhängiger schwebend unwirksamer Vertrag³⁾. Fehlt etwa eine behördliche Genehmigung für einen Grundstücksveräußerungsvertrag, so befindet sich der Vertrag nach BGH noch "in Schweben"⁴⁾.

Das RG (JW 1927, 657) stellt die behördliche Genehmigung einer aufschiebenden Bedingung gleich (§ 652 Abs. 1 S. 2 BGB). Un-
erheblich ist, daß der BGH (AIZ 1966, 153) das Entstehen der Provision doch bejaht, obwohl noch die Genehmigung durch die Wohnsiedlungsbehörde bzw. die Landwirtschaftskammer ausstand. Die Parteien hatten nämlich die Provisionspflicht bereits für diesen Fall ausdrücklich vereinbart.

Das gewünschte Rechtsgeschäft muß nicht nur vollgültig zustande gekommen sein, es müssen sich auch bereits unmittelbare Rechtswirkungen daraus ableiten lassen; insbesondere muß dem Auftraggeber bereits ein sicherer, unbedingter Anspruch gegen seinen

1) RGZ 25, 319 (320); RGZ 29, 230 (232) (U.v.14.3.1892);
ebenso Mot II, 513.

2) RGZ aaO.

3) Natürlich sind abweichende vertragliche Vereinbarungen zulässig; entsprechende AGB-Klauseln werden jedoch nur begrenzt anerkannt, z.B. BGH NJW 1973, 1276 (U.v.8.5.1973): Klausel unwirksam, wonach die Provision trotz Fehlens einer für einen Hauptvertrag erforderlichen vormundschaftlichen Genehmigung (Minderjähriger) entstehen sollte.

4) BGH WM 1971, 905; ebenso i.Ergebnis: RG JW 1926, 2619; RGZ 129, 376; RG JW 1927, 657; allerdings kann evtl. gem. § 162 BGB die behördl. Genehmigung u. damit der Hauptvertrag fingiert werden - vgl. oben Erster Teil, dort Dritter Abschnitt.

Vertragspartner erwachsen sein. Erst dann ist ein Umsatzgeschäft getätigt¹⁾, der gewollte wirtschaftliche Erfolg eintreten. Dies hat auch der Gesetzgeber expressis verbis in § 652 Abs. 1 S. 2 BGB klargestellt, wonach bei einem aufschiebend bedingten (§ 158 Abs. 1 BGB) Hauptvertrag erst bei Bedingungseintritt der Maklerlohn verlangt werden kann.

2. Das Gesetz verlangt nicht, daß der Hauptvertrag während der Laufzeit des Maklervertrags zustande kommt. Entscheidend ist allein, daß der Erfolg, der Geschäftsabschluß, aufgrund ursächlicher Maklertätigkeit (diese allerdings muß in Erfüllung des Maklervertrags, also während der Vertragsdauer geleistet werden²⁾) eintritt, mag der Maklervertrag selbst auch inzwischen durch Widerruf des Geschäftsherrn oder durch Tod des Vermittlers beendet sein³⁾.

3. Die Provisionspflicht entsteht bereits mit dem Abschluß des schuldrechtlichen Hauptvertrags, unerheblich ist grundsätzlich, ob und wie erfüllt wird⁴⁾. Trägt der Makler die Vergütungsgefahr (bis zum Zustandekommen des Hauptvertrags), so andererseits der Auftraggeber das Erfüllungsrisiko.

Der Vermittler erwirbt seine Provision schon dann, wenn der Auftraggeber seinerseits einen sicheren (schuldrechtlichen)

1) Knieper NJW 1970, 1293 (1297).

2) BGH NJW 1966, 2008.

3) BGH NJW 1965, 964; BGH WM 1969, 884; BGH NJW 1966, 2008.

4) Vgl. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB; Mot II, 513; BGH NJW 1974, 694 (U.v. 9.1.1974); BGH NJW 1956, S. 1197 (U.v.17.4.1956); RG JW 1906, S. 134, Nr. 4 (U.v.12.1.1906); RG LZ 1914, S. 679; RG LZ 1915, 504 (U.v.22.12.1914); freilich können die Parteien abweichend davon die Provisionspflicht an die Durchführung des Vertrages knüpfen: vgl. dazu BGH WM 1970, 392; BGH NJW 1966, 1404 (1405); BGH BB 1960, S. 1262, Nr. 2256; BGH NJW 1951, 649; RG Recht 1925, S. 614, Nr. 1983 (U.v.30.6.1925); RG Recht 1924, S. 296, Nr.1224; RG JW 1922, 487 (488); RGZ 95, 134 (137); RG Bolze Bd. 6, S. 184, Nr. 491.

Anspruch erlangt hat - unerheblich sind nachfolgende Ausführungsakte bzw. die (Nicht-)Erfüllung.

Geht auch das RG grundsätzlich von dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus¹⁾, so macht es bei Finanzierungsvermittlungen eine Ausnahme.

Nach RG erwirbt der Finanzierungsmakler den Lohnanspruch gegen seinen Auftraggeber (= Darlehnsnehmer) erst mit der **A u s - z a h l u n g** des Darlehnskaptals an diesen²⁾.

Im Unterschied zu BGH³⁾, der das Darlehn als Konsensualvertrag ansieht, folgert RG: "Das Darlehn als Realvertrag kommt erst durch die Übergabe des Geldes an den Darlehnssucher zum Abschluß"⁴⁾. Das RG stellt hierbei darauf ab, daß das provisionspflichtige "Darlehnsgeschäft"⁵⁾ erst jetzt zustande gekommen sei. Damit übersieht aber das RG, daß der wirtschaftliche Wert eines Geschäfts bereits mit dem Vorliegen eines klagbaren Anspruchs erreicht ist. Auch nach der vom RG vertretenen Realvertragstheorie hat der Auftraggeber (= Darlehnssucher) bereits vor der Hingabe der Darlehnsvaluta aufgrund des Darlehnsversprechens, des Vorvertrags, einen klagbaren Anspruch auf Abschluß des Realvertrags und damit auf "Hergabe des Darlehns"⁶⁾.

Der Realvertrag selbst verschafft dem Auftraggeber keine Rechtsposition, verpflichtet ihn im Gegenteil einseitig zur Rückzahlung. Damit knüpft das RG die Provisionszahlungspflicht letztlich an einen tatsächlichen Vorgang (Realakt: Darlehnshingabe) und bürdet

1) Vgl. statt aller RG JW 1906, S. 134, Nr. 4.

2) RGZ 39, 231 (U.v.18.2.1897); anders jedoch RG JW 1916, S. 1475, Nr. 3 (U.v.22.9.1916): Provisionsanspruch mit Abschluß des Kreditvertrags.

3) BGH WM 1970, 1273 (U.v.8.7.1970); BGH WM 1969, 1107 (Verständnis-Urteil v.9.7.1969).

4) RGZ 39, 231 (232).

5) RG aaO.

6) RG aaO; vgl. a.Pal.-Putzo Einf.v.§ 607 A. 1aE; Neumann-Duesberg NJW 1970, 1403 (1404).

entgegen seiner sonstigen Rechtsprechung dem Makler im Ergebnis das Erfüllungsrisiko auf.

Anders als das RG trennt der BGH auch bei dieser Fallgruppe das (provisionspflichtige) Umsatzgeschäft vom Erfüllungsgeschäft: Bereits aus dem Darlehnsvertrag (Konsensualvertrag) folgt ein sicherer klagbarer Anspruch auf Auszahlung des Darlehnskaptals, womit der (vom Makler versprochene) wirtschaftliche Erfolg bereits eingetreten ist. "Für den Darlehnsnehmer ist eine solche Zusage ebenso wertvoll wie die Hingabe des Geldes selbst"¹⁾.

II. Der durch den Hauptvertragsabschluß erworbene Maklerlohnanspruch kann nachträglich durch die spätere Beseitigung des Hauptvertrags wieder entfallen. Beurteilungskriterium hierbei ist aber nicht etwa, daß der Hauptvertrag nicht zu dem endgültigen Erfolg geführt hat - das Erfüllungsrisiko trägt der Auftraggeber²⁾; es ist vielmehr zu fragen, ob der schuldrechtliche Vertrag zum Zeitpunkt seines Abschlusses einen wirtschaftlichen Wert hatte, m.a.W. also seiner erfolgreichen Durchführung, der "Verwertung", nichts mehr im Wege stand.

1. Die erfolgte und erfolgreiche Anfechtung des Hauptvertrags (§§ 119, 123 BGB) führt zu dessen Wegfall und damit zur Beseitigung des Provisionsanspruchs ex tunc (§ 142 BGB). Diese Folge ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 142 BGB³⁾. Ein vernichtbarer Vertrag ist wirtschaftlich wertlos, was allerdings erst dann feststeht, wenn er tatsächlich und wirksam angefochten wird, weil erst jetzt die Rechtsfolge des § 142 BGB eintritt. Die bloße Anfechtbarkeit genügt also nicht⁴⁾.

1) BGH WM 1970, 1273; WM 1969, 1107 (1108).

2) BGH NJW 1974, 694; BGH NJW 1956, S. 1197; RG JW 1906, S. 134, Nr. 4; RG LZ 1914, 679; RG LZ 1915, 504.

3) Worauf auch Mot II, 513 hinweisen.

4) So ausdrücklich Mot II, 513; RG LZ 1920, 758 (U.v.13.3.1920) = RG Recht 1920, Nr. 2835.

Aus RG JW 1903, S. 85, Nr. 38 (Strafurteil v. 23.10.1902) kann nichts Gegenteiliges entnommen werden. Zwar bezeichnet das RG die aus einem mittels Täuschung zustande gebrachten Hauptvertrag erworbene Provision als rechtswidrig und rechtsgrundlos - ohne daß (nach RG) das betrügerische Geschäft dabei angefochten sein mußte - freilich bringt RG damit lediglich seine strafrechtliche Wertung zum Ausdruck.

Der Provisionsanspruch entfällt nicht nur, falls der irrende oder getäuschte Auftraggeber selbst den Hauptvertrag anfight¹⁾, sondern auch dann, wenn die Anfechtung umgekehrt seitens des irrenden oder (vom Auftraggeber) getäuschten Vertragsgegners erfolgt²⁾. Dies geht schon aus dem auch hier anwendbaren § 142 BGB hervor. Auch haben nicht die Dienste des Maklers, sondern die Täuschung seines Geschäftsherrn zum Erfolg geführt. Selbst wenn im Einzelfall die (Mit-)Ursächlichkeit der Maklertätigkeit zu bejahen wäre, so hätte die Täuschung nicht auf die Vereitlung des Lohnanspruchs abgezielt, sondern im Gegenteil mittelbar auf dessen Verwirklichung³⁾, weshalb auch über § 242 BGB kein Lohnanspruch konstruiert werden kann.

2. Hat der Gesetzgeber die Provisionsfrage bei dem aufschiebend bedingten Hauptvertrag (§ 158 Abs. 1 BGB) ausdrücklich geregelt (§ 652 Abs. 1 S. 2 BGB), so bleiben bei dem auflösend bedingten Geschäftsabschluß (§ 158 Abs. 2 BGB) Zweifel.

Zwar fällt die Provision sofort mit Vertragsschluß an - wie dies ein Umkehrschluß aus § 652 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt und die Gesetzesmaterialien bestätigen⁴⁾ - , unklar ist jedoch die Rechtslage bei Eintritt der auflösenden Bedingung: Bleibt der

1) RG LZ 1920 aaO.

2) RGZ 76, 354 (U.v.10.5.1911)

3) RGZ aaO.

4) Mot II, 513.

Lohnanspruch bestehen oder erlischt er?¹⁾

Für letzteres spricht der Wegfall des die Provision begründenden Hauptvertrags (§ 158 Abs. 2 BGB), worauf auch das RG²⁾ hinweist. Allerdings hat der Eintritt der auflösenden Bedingung im Unterschied zur Anfechtung ex tunc (§ 142 BGB) lediglich eine ex nunc-Wirkung³⁾, welche die einmal entstandene Provision unberührt ließe. Auch hat ein lediglich auflösend bedingter Vertrag einen wirtschaftlichen Wert, er verpflichtet den Vertragspartner des Auftraggebers zur vorbehaltlosen Erfüllung. Des Risikos der möglichen Rückabwicklung ist sich der Geschäftsherr bei Geschäftsabschluß bewußt. Der Makler seinerseits hat alles von seiner Seite aus Erforderliche zur Herbeiführung des Vertrags getan. Bedenkt man schließlich, daß jedenfalls der Makler⁴⁾, der ja die Provision sofort bei Vertragsschluß erhält und mit diesem Geld "arbeiten" muß, aus Gründen der Rechtssicherheit⁵⁾ bald Klarheit über den endgültigen Bestand des Lohnes haben muß, so ist im Zweifel von dem endgültigen Erwerb der Provision auszugehen. Es liegt am Auftraggeber, seinen entgegenstehenden Willen kundzutun und für die dann zu erwartende Rückforderung (§ 812 Abs. 1 S. 2 BGB) Vorkehrungen zu treffen (z.B. Einzahlung der Provision auf ein Sperrkonto).

Nach RG hat jedenfalls der gewerbsmäßige, der "kaufmännische Makler" die Provision "im Zweifel endgültig verdient"⁶⁾.

1) Dies lassen die Motive aaO offen.

2) RG LZ 1916, 628 (U.v.10.11.1915), das aber im konkreten Fall dem "kaufmännischen Makler" die Provision beläßt.

3) s.a. Hans BLGBW 1969, 83.

4) Nach Dyckerhoff, S. 14 ist es sogar Absicht beider Parteien, ihr Rechtsverhältnis nicht in Schwebe zu lassen, woraus der endgültige Bestand des Maklerlohns zu folgern sei.

5) Auch Mot aaO gehen davon aus, daß "die Fälle häufig sein werden, in welchen die Erledigung der Bedingung sich erst in sehr ferner Zeit und nach der Erfüllung des Vertrags mit dem Dritten entscheidet".

6) RG LZ 1916, S. 628.

BGH spricht sich in einem obiter dictum allgemein für den Fortbestand des Lohnanspruchs aus, weil der Hauptvertrag bereits voll wirksam sei und eine Willensbindung zwischen den Parteien erzeuge¹⁾.

3. Die nachträgliche einvernehmliche Wiederaufhebung des Hauptvertrags berührt den Provisionsanspruch nicht. Davon geht bereits das RG vor Kodifizierung des BGB²⁾ und auch der Gesetzgeber³⁾ aus. Der Makler hat mit der (erfolgreichen) Vermittlung des gewünschten Geschäfts das seinerseits Erforderliche getan, der Durchführung des Hauptvertrags steht nichts mehr im Wege. N a c h dem Vertragsabschluß liegende Ereignisse, die mit der Maklertätigkeit nicht im Zusammenhang stehen, sind für die Provisionspflicht unerheblich; sie fallen dem Auftraggeber zur Last, der das Erfüllungsrisiko trägt⁴⁾.

4. Aus demselben Grund behält der Vermittler grundsätzlich seinen Lohnanspruch bei der Geltendmachung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts⁵⁾ oder der Erklärung der Wandelung⁶⁾.

Problematisch ist die Entscheidung in den Fällen des vertraglich vorbehaltenen Rücktritts (§ 346 BGB) vom Hauptvertrag.

1) BGH WM 1971, 905.

2) RGZ 25, 319 (320).

3) Vgl. a. Mot II, 514, wonach in diesem Fall der Bestand des Provisionsanspruchs "selbstverständlich" ist.

4) BGH WM 70, 1273; RG Recht 1909, Nr. 3054 (U.v.5.10.1909), RGZ 25, 319 (321); RG LZ 1914, 679; RG JW 1906, S. 134, Nr. 4.

5) BGH NJW 1974, 694: der gesetzliche Rücktritt "beruht ... nicht auf der Unvollkommenheit des Vertrages, sondern in der zu beanstandenden Vertragsausführung".

6) So Palandt § 652 A. 3; RGRK § 652 A.2b; aA Erman § 652 A.6b; auch die Minderung berührt den einmal entstandenen Provisionsanspruch nicht, BGH BB 1952, 44.

Einerseits erzeugt auch ein solcher Vertrag unmittelbare rechtliche Wirkungen, wenn er auch mit dem Unsicherheitsmoment des möglichen Rücktritts belastet ist - die Parallele zur auflösenden Bedingung ist offenkundig.

Andererseits ist gerade wegen des Rücktrittsrisikos der wirtschaftliche Wert des Vertrags zweifelhaft; er befindet sich noch "in Schweben"¹⁾ und ähnelt damit dem aufschiebend bedingten Hauptvertrag. Der vermittelte Vertrag ist "von Anfang an - in Kenntnis des Maklers - mit einer Unvollkommenheit, nämlich dem Rücktrittsvorbehalt belastet"²⁾. Dies spricht für den nachträglichen Wegfall der Provision bei Geltendmachen des Rücktritts oder sogar dafür, daß der Provisionsanspruch erst dann **e n t s t e h t**, falls das Nichtgeltendmachen des Rücktritts sicher ist.

Das Rücktrittsrecht bezieht sich i.d.R. im Unterschied zu der auflösenden Bedingung (vgl. Mot II, 513) auf zeitlich naheliegende, konkrete Umstände bzw. Ereignisse, von deren (Nicht-)Eintritt die Ausübung abhängig gemacht wird. Daher werden die Parteien auch regelmäßig erst den Ausfall des Rücktrittsrechts abwarten wollen, ehe sie den Vertrag vorbehaltlos erfüllen; ab da gewinnt das Geschäft erst seine volle wirtschaftliche Bedeutung und erst jetzt entsteht der Provisionsanspruch.

Zu eben diesem Ergebnis kommt BGH (WM 1971, 905): In dem entschiedenen Fall war u.a. ein vertragliches Rücktrittsrecht an die Bebauungsfähigkeit des zu kaufenden Grundstücks geknüpft. BGH prüft die Vergleichbarkeit des vertraglichen Rücktrittsvorbehalts mit der auflösenden/bzw. aufschiebenden Bedingung und entscheidet sich für letzteres. An diese Entscheidung knüpft BGH

1) BGH WM 1971, 905: hier Rücktrittsrecht, falls Kaufgrundstück nicht bebaubar.

2) Glaser NJW 1974, 348 (349); ebenso Pal.-Thomas § 652 A.4 Cc; unerheblich ist daher auch, ob der Auftraggeber oder dessen Vertragspartner von einem Rücktrittsrecht Gebrauch macht.

(NJW 1974, 694) an und läßt den Provisionsanspruch - wie bei § 652 Abs. 1 S. 2 BGB - erst dann entstehen, "wenn der Rücktritt in der vorgesehenen Frist nicht ausgeübt oder seine Ausübung mit Sicherheit nicht zu erwarten ist". Der Auftraggeber hatte über die Vermittlung des Maklers eine Beteiligung an einem sog. Abschreibungsobjekt (gem. Berlinhilfe-Gesetz) käuflich erworben und sodann von dem ihm eingeräumten (befristeten) Rücktrittsvorbehalt Gebrauch gemacht. BGH begründet seine Auffassung damit, daß "die Rechtsbeständigkeit des Vertrages ... hierbei zumindest in gleicher Weise mit einem Unsicherheitsfaktor belastet (sei) ..., wie es bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossenen Vertrag der Fall ist". Allerdings kommt es auch nach BGH letztlich auf die "Auslegung der individuellen Vereinbarung"¹⁾ an.

Aus obigem ergibt sich auch, daß ein a l l g e m e i n e r Rücktrittsvorbehalt, der sich nicht auf einzelne bestimmte Punkte, sondern auf die (Nicht-)Ausführung des Vertrags überhaupt bezieht, den Maklerlohnanspruch unberührt läßt²⁾. Dies hat der BGH jüngst auch für den Fall bestätigt, daß das vertragliche Rücktrittsrecht lediglich den gesetzlichen Rücktrittsvorschriften "nachgebildet"³⁾ ist.

Nach den Vorstellungen der Hauptvertragsparteien befindet sich nämlich ein solcher Vertrag nicht in Schweben. Die Unsicherheit der Erfüllung geht im Verhältnis Makler/Auftraggeber zu Lasten des Auftraggebers, der das Erfüllungsrisiko trägt. Der Auftraggeber kann dieses Risiko nicht mittels Rücktrittsvereinbarung

1) BGH WM 1971, 906; BGH NJW 1974, 694; ebenso BGH DB 1973, 226 (U.v.10.1.1973) = LM Nr. 42 zu § 652.

2) Vgl. a. RG LZ 1915, 504.

3) BGH NJW 1974, 694.

im Hauptvertrag, an dem der Makler nicht teilhat, auf diesen abwälzen. Vielmehr ist eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Vermittler selbst nötig, daß die Provision abweichend von § 652 Abs. 1 S. 1 BGB erst mit der Durchführung des Hauptvertrags verdient sein solle.

5. Bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts (§§ 504 ff BGB) ist zu unterscheiden: Gab der Verkäufer selbst den Maklerauftrag, so bleibt die Provisionspflicht bestehen, weil der gewünschte Verkauf zustande kam.

Betrachte hingegen der Erstkäufer den Makler mit der Vermittlung eines Ankaufs, so verliert der Vermittler seinen Provisionsanspruch gegen den Erstkäufer bei Ausübung des Vorkaufsrechts seitens des Vorkaufsberechtigten (§ 505 Abs. 2 BGB). Die Maklertätigkeit hat sich nämlich als für den Auftraggeber (Erstkäufer) nutzlos herausgestellt; der wirtschaftliche Vorteil floß ihm nicht zu¹⁾.

Ob in diesem Fall der Vorkaufsberechtigte (Zweitskäufer), der dem Makler selbst keinen Auftrag gab, gem. § 505 Abs. 2 BGB provisionspflichtig wird, hängt davon ab, ob die Aufnahme des Maklerlohnversprechens in den ersten Kaufvertrag lediglich rein äußerlich, zufällig war oder auch materiell zum Inhalt des Kaufvertrags gehören sollte. "Es kommt ... darauf an, wie das (vom Erstkäufer abgegebene) Versprechen an den Makler im Einzelfall auszulegen ist"²⁾.

C) Identität des beabsichtigten mit dem tatsächlich abgeschlossenen Hauptvertrag

- I. 1. Die Maklerprovision ist Erfolgshonorar. Auch bei Beantwortung der Frage, ob ein gegenüber dem beabsichtigten Geschäft ab-

1) Vgl. RGZ 157, 243 (U.v.22.3.1938).

2) BGH BB 1963, 9 (10) (U.v.28.11.1962).

weichender (tatsächlicher) Hauptvertragsschluß ebenfalls den Provisionsanspruch entstehen läßt, ist ein wirtschaftlicher Maßstab anzulegen.

2. Fehlt eine diesbezügliche Stellungnahme in den Gesetzesmaterialien, so besteht auch sonst kein "Rechtssatz" (Unterstreichung v.Verf.) des Inhalts, daß der Maklerlohn gezahlt werden müsse, wenn dasjenige wirtschaftliche Ergebnis durch den wesentlichen Inhalt des abgeschlossenen Vertrags erreicht sei, dessen Herbeiführung der Zweck des Maklervertrags, das Ziel der Maklertätigkeit habe bilden sollen".¹⁾

Allerdings gibt § 652 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anhaltspunkt für die wirtschaftliche Betrachtungsweise.

3. Ohne Begründung, aber offensichtlich von dieser wirtschaftlichen Wertung ausgehend, entwickelte die höchstrichterliche Rechtsprechung selbst rechtsfortbildend den Grundsatz, daß auch ein gegenüber dem ursprünglich gewünschten Vertrag inhaltlich verschiedener Geschäftsabschluß die Provisionspflicht dann auflöse, wenn "im wesentlichen der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt werde"²⁾. Es muß "wirtschaftliche Wesensgleichheit"³⁾ bestehen, es darf sich nicht um ein "wesentlich anderes"⁴⁾ Geschäft handeln; der zustande gekommene Hauptvertrag darf nicht in "wesentlichen Punkten"⁵⁾ abweichen bzw. zu "wesentlich veränderten Bedingungen"⁶⁾ abgeschlossen worden sein.

1) RG Recht 1903, S. 504, Nr. 2540 (U.v.26.6.1903).

2) BGH AIZ 1958, 16 (Urteile v. 30.4.1956 u.v.9.5.1957); RG JW 1916, S. 1475, Nr. 3 (U.v.22.9.1916); ebenso RG LZ 1911, S. 547, Nr. 27 (U.v.7.4.1911); RG Recht 1925, S. 614, Nr. 1983.

3) BGH AIZ 1961, 108 (U.v.18.5.1961); RG JW 1937, S. 2916, Nr. 24 (U.v. 24.8.1937) = HRR 1937, 1580.

4) RGZ 115, 266 (269) (U.v.23.11.1926).

5) RG Gruchot 71, S. 533, Nr. 57 (U.v.8.4.1930).

6) RG JW 1920, S. 491, Nr. 2 (U.v.1.2.1920).

Zusammenfassend läßt sich feststellen: "Identität liegt trotz Abweichung zwischen ursprünglich beabsichtigtem und sodann abgeschlossenem Geschäft vor, wenn der schließlich zustande gekommene Vertrag in seinem wesentlichen wirtschaftlichen Gehalt den Auftraggeber nicht ungünstiger stellt als der zunächst geplante"¹⁾.

Beispielsweise bejaht die Rechtsprechung die wirtschaftliche Wesensgleichheit

- wenn das gewünschte Tauschgeschäft mit einem anderen Partner als zunächst gedacht getätigt wurde²⁾
- wenn der tatsächlich erzielte Kaufpreis etwas ungünstiger oder günstiger ausfiel, als vom Auftraggeber zunächst erhofft³⁾
- wenn statt des beabsichtigten "festen Kaufs" ein modifizierter Kaufvertrag zustande kam: Der Verkäufer überredete den Käufer (Auftraggeber) zum Weiterverkauf in eigenem (des Käufers) Namen, aber auf Rechnung des Verkäufers, wofür ihm dieser Gewinnbeteiligung versprach⁴⁾.

Hingegen verneint die Judikatur die wirtschaftliche Vergleichbarkeit in folgenden Fällen:

- Der Auftraggeber erhielt über die Vermittlung seines Maklers zwar von der türkischen Regierung einen Lieferauftrag über ein Schwimmdock, allerdings lediglich über ein solches mit 25.000 t Tragkraft statt 30.000 t⁵⁾.
- Der Makler war mit der Vermittlung eines Bohnenkaufs beauftragt. Die Bohnen sollten in Rumänien direkt von Bauern zu einem Höchstpreis von max. 107 Lei für 100 kg plus "Waggon frei

1) BGH AIZ 1958, 15 (U.v.14.11.1953).

2) RG LZ 1925, 260; RGZ 68, 195 (202); RG LZ 1911, S. 547, Nr. 27.

3) BGH WM 1970, 855; BGH AIZ 1961, 108; RG WarnR 1908, S. 499 (500), Nr. 626; RG JW 1937, S. 2916, Nr. 24.

4) RG Recht 1903, S. 504, Nr. 2540.

5) RG Gruchot 71, S. 533, Nr. 57.

Station ungarisch Predeal" (Grenzort), dort Umladung der Ware, aufgekauft werden. Statt dessen kam der Ankauf schließlich mit einer Bukarester Firma zum Kaufpreis: 85 1/2 Mark für 100 kg, Lieferung ab Grenzort Ramadan zustande¹⁾.

- Der Auftraggeber (Verkäufer) erhielt zur Deckung des Kaufpreises vom Käufer statt der erhofften Kundenwechsel nur eigene Wechsel (des Käufers), womit der Verkäufer wegen der ungünstigeren²⁾ wechselfmäßigen Haftung schlechtergestellt war³⁾.
- Das vom Makler für den Auftraggeber vermittelte Darlehn wich von dessen Vorstellungen hinsichtlich des Zinsfußes (statt fester 5 % wurde als Maßstab der jeweilige Lombard-Zinssatz der Reichsbank, mindestens aber 5 % vereinbart), der Auszahlungsmodalitäten (größtenteils nicht in bar, sondern Hinterlegung von Pfandbriefen der Bank) und seiner Nebenpflichten ab (Auftraggeber mußte von der Bank ein Haus gegen Barzahlung von 60.000 RM übernehmen, das obendrein fortgesetzte Zuschüsse nötig machte)⁴⁾.
- Der Makler sollte bei einer Grundstücksauseinandersetzung seinen Auftraggebern, die bereits Miteigentumsanteile hielten, auch die restlichen Anteile vermitteln, was mißlang, weil auch ein Dritter (H.) Miteigentum erwarb⁵⁾.

Die wirtschaftliche Wesensgleichheit läßt sich durch einen Vergleich zwischen der erhofften (hypothetischen) und der tatsächlich erlangten wirtschaftlichen Stellung ermitteln. Hierbei ist auf die "Umstände des Einzelfalls"⁶⁾ abzustellen, insbesondere

1) RG WarnR 1918, S. 50, Nr. 32 (U.v.8.1.1918).

2) Falls der Käufer die Wechsel nicht einlöst, haftet d. Verkäufer aufgrund seines Indossaments bei dem eigenen Wechsel (d.Käufers) allein, während bei dem Kundenwechsel noch weitere Gesamtschuldner haften würden - vgl. Art. 43, 47, 11, 15 WG.

3) RGZ 115, 266.

4) RG JW 1916, S. 1475, Nr. 3.

5) RG JW 1920, S.491, Nr. 2.

6) BGH AIZ 1961, 108; RG Recht 1903, S. 504, Nr.2540.

auch darauf, welche Absichten der Geschäftsherr verfolgte bzw. welche Order er gab. Es ist zu unterscheiden, ob der Makler einen Hauptvertrag zu festumrissenen Modalitäten oder aber nur zu den nach der jeweiligen Lage erreichbaren Bedingungen vermitteln sollte, wobei letzterenfalls die Wertangaben und -Vorstellungen des Geschäftsherrn lediglich als Richtschnur dienen.¹⁾

3. Daraus, daß der Auftraggeber sich mit einem anderen - wirtschaftlich ungünstigeren - Geschäft begnügt und es abschließt, obwohl er dazu nicht verpflichtet ist (Abschlußfreiheit), kann allein noch nicht gefolgert werden, daß er es als wirtschaftlich gleichwertig betrachtet. Mögliche (andere) Motive können beispielsweise sein: Zwangslage²⁾, Unsicherheit in der Einschätzung der Marktlage, Überdruß (etwa bei langwierigen Verhandlungen).

Auch nötigt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht dazu, dem Makler eine Provision etwa mit der Begründung zuzusprechen, der Geschäftsherr habe immerhin einen - wenn auch geringeren - wirtschaftlichen Erfolg erlangt. Der Vermittler hat eben seinen Maklerauftrag nicht (voll) erfüllt, seine Tätigkeit verhalf dem Auftraggeber nicht zu dem g e w U n s c h t e n Geschäft, war also insoweit nutzlos.

II. Allerdings ist das Verhalten des Auftraggebers (Abschluß des wirtschaftlich ungleichwertigen Vertrages) rechtlich nicht völlig irrelevant.

1. Weicht der tatsächliche Geschäftsabschluß gegenüber dem geplanten in seinem wirtschaftlichen Gehalt wesentlich ab, so

1) Vgl. a. RG LZ 1915, 1150; RG JW 1937, S. 2916, Nr. 24; BGH aaO.

2) Vgl. RG JW 1894, S. 200, Nr. 25 (U.v.28.3.1894).

kann zwar aus diesem (ursprünglichen) Maklervertrag keine Provisionspflicht entstehen; jedoch kann sich eine solche aus einem neuen - stillschweigend abgeschlossenen - Maklervertrag ergeben.

Nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. oben Erster Abschnitt, B) kommt ein Maklervertrag nämlich auch dann - stillschweigend - zustande, wenn der Vermittler nach Erfolglosigkeit seiner ursprünglichen Bemühungen seine Tätigkeit in veränderter Richtung fortsetzt (= schlüssiges Angebot zu neuem Maklervertrag über wirtschaftlich anderen Hauptvertrag) und der Auftraggeber in Kenntnis dieser Umstände den Hauptvertrag schließlich unter den veränderten Bedingungen abschließt (schlüssige Annahme)¹⁾.

2. Um hier bestehende Zweifel (insbesondere hinsichtlich des objektiven Erklärungswerts des vom Auftraggeber getätigten Geschäftsabschlusses - § 133 BGB) und Beweisschwierigkeiten auszuräumen, enthalten die in der Praxis gebräuchlichen Formularverträge in der Regel den Passus: "Kommt mit einem nachgewiesenen Interessenten ein anderer als der vorgesehene Vertrag oder ein Vertrag über ein anderes oder ein weiteres dem Auftraggeber gehörendes Objekt zustande, gilt hierfür ein Maklervertrag als stillschweigend vereinbart ..."²⁾.
3. Da sich die Provision gewöhnlich nach Hundertsätzen des vermittelten Objekts bemißt, läßt sich ihre Höhe auch bei dem neuen Maklervertrag ohne weiteres bestimmen. Sollte ausnahmsweise im ursprünglichen Maklervertrag eine bestimmte Provisionshöhe ausdrücklich vereinbart worden sein, so gilt für den (jetzt)

1) Vgl. a. RG Gruchot 71, S. 533 (534), Nr. 57: Lieferauftrag seitens türkischer Regierung über Schwimmdock; RG JW 1920, S. 491, Nr. 2: Grundstücksauseinandersetzung unter Miteigentümern mit Ziel, den Auftraggebern Allein-Eigentum zu verschaffen; RG Recht 1920, 2834 (U.v. 14.2.1920): Kaufpreissenkung; RG WarnR 1918, S. 50, Nr. 32: rumän. Bohnen.

2) Vgl. RDM-Formulare Nr.: 51010, 51015, 51030, 51035, 51040, 51045, 51100, 51105, 51120.

tatsächlich entstandenen Lohnanspruch die Vorschrift § 653 Abs. 2 BGB¹⁾.

D) Zustandekommen des Hauptvertrages mit einem Dritten

I. Die volkswirtschaftliche Funktion des Maklers als eines (Ver-) Mittlers zwischen Angebot und Nachfrage bedingt, daß der vom Auftraggeber gewünschte Hauptvertrag mit einem D r i t t e n zustandekommen muß, soll der Provisionsanspruch entstehen. Nicht genügt es, wenn der Makler selbst oder ein mit diesem in enger wirtschaftlicher Verbindung stehender "Dritter" der Hauptvertragspartner des Geschäftsherrn wird.

1. Zwar kann auch der Makler selbst mit seinem Auftraggeber den Hauptvertrag abschließen, allerdings erwächst ihm daraus kein Provisionsanspruch.

Der Vermittler hat dann nämlich keine Maklertätigkeit i.S.d. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB entfaltet, d.h. keine Maklerleistung erbracht und somit den Maklervertrag nicht erfüllt.²⁾ Weder liegt eine "Vermittlung" vor (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB) - der Makler mußte dazu zumindest in Beziehung zu einem Dritten treten und auf diesen zum Vertragsschluß hin einwirken³⁾ - noch kann von einem "Nachweis" i.S.d. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB gesprochen werden. Ein solcher würde die Bekanntgabe eines dem Auftraggeber bisher unbekannten Interessenten voraussetzen. Der Makler liefert "keinen Nachweis, sondern macht in Wirk-

1) RG Gruchot 71, S. 533, Nr. 57; RG Recht 1920, 2834; RG WarnR aaO; so wohl auch RG JW 1937, S. 2916, Nr. 24; RG LZ 1915, 1150.

2) RG SeuffA Bd.65, S. 393 (394), Nr. 210 (U.v.4.1.1910); RG JW 1937, 1306 (U.v.17.2.1973); BGH NJW 1971, 1840 (U.v.12.5.1971); BGH NJW 1973, 1649 (U.v.25.5.1973); BGH NJW 1974, 137 (U.v.23.11.1973); im Ergebnis ebenso: BGH NJW 1973, 651 (U.v.21.2.1973); BGH NJW 1964, 2343 (U.v.11.6.1964); vgl.a.Reg.Entwurf zum Artikel G, BT VI/1549: "Eine Vermittlertätigkeit liegt ferner nicht vor ..."

3) BGH MDR 1968, 405 (U.v.6.12.1967); BGH AIZ 1959, 29 (U.v.16.10.1958); RG JW 1916, S. 738, Nr. 3; RG JW 1917, 538.

lichkeit ein auf den Abschluß des vom Auftraggeber erstrebten Vertrages selbst gerichtetes Angebot oder fordert zur Abgabe eines solchen Angebots auf"¹⁾.

Mangels einer dem Gesetz genügenden Maklertätigkeit ist es unerheblich, ob im Einzelfall der vom Auftraggeber gewünschte Erfolg, der Geschäftsabschluß, auch durch einen Hauptvertrag mit dem Makler erreicht wurde. Dies bedeutet zwar eine Durchbrechung des Grundsatzes der rein erfolgsbezogenen Provision, was aber seine Berechtigung aus der bei dem Makler bestehenden Interessenkollision erfährt. Der Vermittler, der zugleich Hauptvertragspartner seines Auftraggebers wird, steht im Konflikt zwischen seinem eigenen Interesse an einem für ihn günstigen Vertragsabschluß und der andererseits dem Auftraggeber geschuldeten Pflicht, dessen Interesse zu wahren und für diesen die bestmöglichen Konditionen zu erreichen²⁾.

Daher ist auch der Einwand unbeachtlich, der Geschäftsherr habe das gewünschte Geschäft nicht mit dem Makler abzuschließen brauchen. Das Zustandekommen des Hauptvertrags ist nämlich nur eine Anspruchsvoraussetzung für das Entstehen des Maklerlohns, nötig ist außerdem u.a. eine dem Gesetz (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB) genügende Maklertätigkeit.

Allerdings kann abweichend von § 652 BGB eine Provisionspflicht auch für einen Hauptvertragsabschluß mit dem Makler selbst ausdrücklich vereinbart werden³⁾.

2. Die höchstrichterliche Rechtsprechung begnügte sich nicht damit, die sich bereits aus dem Gesetz ergebende Rechtsfolge zu vollziehen und dem als Hauptvertragspartei auftretenden Makler den

1) BGH NJW 1971, 1840.

2) BGH NJW 1974, 137; BGH NJW 1973, 1649.

3) Worauf auch BGH aaO hinweist.

Lohnanspruch zu versagen¹⁾. Darüber hinaus trägt vor allem die neue höchstrichterliche Judikatur den veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten und dabei insbesondere dem Umstand Rechnung, daß Makler (-Firmen) und künftige Vertragspartner des Auftraggebers häufig wirtschaftlich und rechtlich eng verbunden sind²⁾. Der BGH "hat diesen in der Rechtsprechung feststehenden Grundsatz (nämlich: keine Provision, falls der Makler selbst den Hauptvertrag abschließt - A.d.V.) dahin erweitert, daß er auch dann gilt, wenn zwischen dem Makler und der Gegenpartei seines Auftraggebers eine wirtschaftliche Verflechtung besteht, durch die er an dem abgeschlossenen Geschäft in erheblichem Maße mitbeteiligt ist"³⁾.

Dies gilt nicht nur, falls der Makler den Geschäftspartner seines Auftraggebers aufgrund seiner rechtlichen Stellung wirtschaftlich beherrscht⁴⁾, sondern auch im umgekehrten Fall, wenn der Makler seinerseits wirtschaftlich vom Vertragspartner des Auftraggebers abhängig ist⁵⁾.

1) So RG SeuffA Bd. 65, S. 393, Nr. 210; RG JW 1937, 1306; BGH NJW 1974, 137; BGH NJW 1973, 651; BGH NJW 1964, 2343.

2) BGH NJW 1974, 137; BGH NJW 1973, 1649; BGH NJW 1971, 1840; Ansatzpunkt in dieser Richtung in RG SeuffA Bd. 65, S. 393, Nr. 210: "Dritter" war Mittelsperson des Maklers.

3) BGH NJW 1974, 137.

4) BGH NJW 1971, 1840: Maklerfirma (KG) hält Stammkapital des Vertragspartners (GmbH) seines Auftraggebers zu 90 %; BGH NJW 1973, 1649: Geschäftspartner d. Auftraggebers ist eine GmbH & Co. KG; an dieser KG war Makler zu 46,67 % beteiligt; zusätzlich war er mit DM 15.000,-- am Stammkapital der Komplementärs-GmbH i. Höhe von DM 20.000,-- und damit zu weiteren 75 % mitbeteiligt.

5) BGH NJW 1974, 137, Leitsatz: "Ein Handelsvertreter kann nicht zugleich für den geworbenen Kunden als Makler tätig werden." In dem entschiedenen Fall bestand zwischen dem Handelsvertreter und seinem Unternehmer ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis.

Darüber hinaus versagte der BGH in einer neueren Entscheidung einer Maklerfirma die Provision auch bei nur mittelbarer wirtschaftlicher Beteiligung: Zwischen der Maklerfirma und einem Wohnungsbauunternehmen (Vertragspartner des Auftraggebers) bestand zwar keine direkte rechtliche und wirtschaftliche Verflechtung, jedoch waren beide ihrerseits Untergesellschaften einer Wohnbaugesellschaft¹⁾.

Der Vermittler ist jeweils Interessenkonflikten ausgesetzt, auch liegt hier keine echte, eigenverantwortliche Vermittlungstätigkeit vor.

Diese Rechtsfortbildung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung wurde vom Gesetzgeber im Bereich der Wohnungsvermittlung (Miete), nämlich in Art. 9 § 2 Abs. 2 Nr. 3 des ArtikelG berUcksichtigt. Allerdings läßt der Gesetzgeber zum Schutz des Mieters die bloße rechtliche und wirtschaftliche Beteiligung²⁾ genügen, während der BGH eine solche erheblichen Ausmaßes fordert³⁾.

Wenn auch der Auftraggeber in diesen Fällen nicht provisionspflichtig wird, so darf nicht verkannt werden, daß in der Praxis letztlich doch e r i.d.R. den Makler bezahlt, weil der Kaufpreis für eine Eigentumswohnung bzw. der Mietzins entsprechend höher kalkuliert sind.

II. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB setzt zwar voraus, daß der gewünschte Hauptvertrag mit einem Dritten zustande kommt, nicht aber wird verlangt, daß der Auftraggeber selbst Hauptvertragspartei werden muß.

1) BGH NJW 1974, 1130 (U.v.13.3.1974 - IV ZR 53/73 Koblenz).

2) Erwähnenswerterweise fehlte im entsprechenden Regierungsentwurf eine Berücksichtigung der Fallgruppe rechtlicher und wirtschaftlicher Beteiligung - vgl. BT VI/1549.

3) Vgl. BGH NJW 1974, 137; BGH NJW 1973, 1649; BGH NJW 1971, 1840.

Dieser kann den geplanten Geschäftsabschluß auch einem anderen überlassen, bleibt dabei jedoch provisionspflichtig. Der Lohnanspruch gründet sich in diesem Fall entweder auf den entsprechend ausgestalteten Maklervertrag¹⁾ oder ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der verbotenen Weitergabe²⁾.

Dritter Abschnitt: Ursächlichkeit der Maklertätigkeit für den Hauptvertragsschluß

A) Allgemein

I. Weitere - bedeutsame - gesetzliche Voraussetzung für das Entstehen des Maklerlohnspruchs ist, daß der vom Auftraggeber in Aussicht genommene Hauptvertrag a u f g r u n d der Maklertätigkeit erreicht wird, die für den Hauptvertragsabschluß ursächlich zu sein hat. Das Gesetz verlangt, daß "... der Vertrag infolge³⁾ des Nachweises oder infolge³⁾ der Vermittlung des Maklers zustande kommt" (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB). Die höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierte, welche Anforderungen an die im Rahmen des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB zu erbringende Maklerleistung zu stellen sind, um sie als ursächlich für den Hauptvertragsabschluß ansehen zu können. Auch galt es, die in der Praxis häufigen Fälle zu entscheiden, in denen die über den Vermittler eingeleiteten Verhandlungen zunächst scheiterten, um dann ohne Beteiligung des Maklers schließlich doch wieder - erfolgreich - aufgenommen zu werden. Neben der Frage, ob im Bereich der Kausalität auch subjektive

1) RG Recht 1912, 3074 (U.v.28.6.1912); RGZ 172, 187.

2) RG Recht 1928, Nr. 1280; RG WarnR 1937, Nr. 73; BGH NJW 1960, 476 (U.v.14.12.1959), vgl.a.oben Erster Teil, Fünfter Abschnitt; ähnlich auch BGH NJW 1974, 1081 (U.v.13.3.1974 - IV ZR 170/72 Frankfurt/M.).

3) Mit diesem Wort sollte nach der Absicht des Gesetzgebers das Erfordernis der Ursächlichkeit "zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschluß des Vertrages" betont werden (Mot II, 512; s.a. Mugdan, 937; Prot II, 2270).

Momente eine Rolle spielen, war das prozessuale Problem einer sachgerechten Beweisverteilung zu klären¹⁾.

II. Darüber hinaus zeigten sich bald nach der Kodifizierung des bürgerlichen Maklerrechts Bestrebungen der Vermittler, das Kausalitätserfordernis abzubedingen; sie ließen sich häufig vom Geschäftsherrn die Provision auch für solche Hauptvertragsabschlüsse versprechen, die ohne ihr Zutun zustande kamen. War eine derartige vertragliche Abweichung zwar wegen der dispositiven Natur des § 652 BGB grundsätzlich möglich²⁾, so galt es andererseits, den Normzweck des dispositiven Rechts, den Gerechtigkeitsgehalt des § 652 BGB zu beachten. Ob und wie die höchstrichterliche Judikatur diese Probleme bewältigte, wird im Dritten Teil der Arbeit erörtert.

B) Art und Umfang der Maklertätigkeit

I. Wenn der Makler auch keine P f l i c h t hat, überhaupt eine Tätigkeit in Richtung des vom Auftraggeber gewünschten Hauptvertrags zu entfalten³⁾, so verdient er die Provision doch nur dann, falls seine Bemühungen den Geschäftsabschluß zuwege brachten⁴⁾.

§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB nennt als mögliche Arten der Maklertätigkeit den Nachweis und die Vermittlung.

II. 1. Ein Nachweis setzt voraus, daß der Makler dem Geschäftsherrn die Kenntnis von einer diesem bisher unbekannten Vertragsmöglichkeit verschafft - so die ständige höchstrichter-

1) Nach Knieper NJW 1970, 1296 bilden u.a. die Fragen der Kausalität Hauptstreitpunkte des reinen Maklervertrags.

2) BGH NJW 1967, 1225; BGH NJW 1966, 1405, 2008; BGH NJW 1965, 246.

3) S.o. Erster Teil, Zweiter Abschnitt.

4) Vgl. a.RG JW 1913, S. 685 (686), Nr. 3 (U.v.8.4.1913).

liche Rechtsprechung¹⁾. Weiß der Auftraggeber bereits vorher um die Geschäftsgelegenheit, so war die Bekanntgabe seitens des Vermittlers wertlos im Hinblick auf die Förderung des angestrebten Vertragsschlusses. Die Vorkenntnis schließt die Kausalität aus²⁾.

Eine ursächliche Nachweistätigkeit fehlt z.B., falls der Vermittler lediglich eine allgemein - auch dem Geschäftsherrn - bekannte Darlehns-³⁾ oder Geschäftsbank⁴⁾ benennt oder wenn er den Auftraggeber auf ein Fabrikgrundstück hinweist, das dieser selbst bereits früher kaufen wollte⁵⁾. Jedoch kann im Einzelfall trotz der (allgemeinen) Kenntnis von Objekt bzw. Vertragspartner ein Nachweis dann zu bejahen sein, wenn sich dieser auf besondere - dem Auftraggeber neue - Modalitäten bezieht. Dies ist etwa der Fall, wenn der Makler den Auftraggeber auf günstige (Bank-)Bedingungen⁶⁾ oder Beteiligungsmöglichkeiten⁷⁾ hinweist, von denen dieser noch nichts weiß.

Um sich von vornherein gegen den Einwand der Vorkenntnis

1) BGH NJW 1971, 1133 (U.v.10.2.1971); BGH MDR 1969, 645 (U.v.2.4.1969 - IV ZR 781/68 Braunschweig); BGH WM 1969, 884 (U.v.2.4.1969 - IV ZR 786/68 Berlin); BGH BB 1967, 649 (U.v.19.4.1967) = NJW 1967, 1365; BGH NJW 1962, 2099 (U.v.4.6.1962) = LM Nr. 9 zu § 652; BGH AIZ 1957, 158 (U.v.6.5.1953); RG Recht 1907, S.377, Nr.744 (U.v.21.2.1907); RGZ 6,188 (U.v.22.2.1882).

2) Vgl. BGH LM Nr. 9 zu § 652 BGB = BGH NJW 1962, 2099; RGZ 6,188.

3) RG Recht 1907, S. 377, Nr. 744: Darlehnssuche.

4) BGH NJW 1971, 1133 (1135): Suche nach Beteiligungsmöglichkeiten an Wertanlagen; RGZ 6,188.

5) BGH AIZ 1957, 158: Der Kauf scheiterte damals, weil die Militärregierung (1945!) dem Verkauf nicht zustimmte.

6) RG Recht 1907, S. 377, Nr. 744.

7) BGH NJW 1971, 1133 (1135).

abzusichern und Rechtsstreitigkeiten darüber auszuschließen¹⁾, verwenden die Makler häufig die Vorkenntnisklausel²⁾.

2. Die zum Nachweis begriffsnotwendig gehörende Kenntnisverschaffung bedingt derart bestimmte Angaben hinsichtlich des Objekts bzw. des (möglichen) Vertragspartners, daß der Auftraggeber mit diesem von sich aus Vertragsverhandlungen aufnehmen kann. Nicht genügt es, wenn der Makler zwar dem Auftraggeber einen Kauflustigen nennt, aber "der Diskretion halber" mit der genauen Adresse des Kaufwerbers zurückhält³⁾.
3. Andererseits ist es ohne Bedeutung, wenn bei gleichbleibendem Objekt der Vertragspartner wechselt⁴⁾.
4. Ob die Maklertätigkeit nur nachweisender oder aber vermittelnder Art sein sollte, richtet sich nach der Auslegung des Maklervertrags.
Hatte der Vermittler lediglich einen Nachweis zu erbringen, so kommt es selbstverständlich nicht darauf an, ob er noch zusätzlich vermittelnd tätig wurde⁵⁾.

1) So BGH LM Nr. 9 zu § 652; BGH NJW aaO.

2) Vgl. etwa RDM-Formulare Nr. 51100, 51105, 51115; Bedeutung: falls keine Mitteilung der Vorkenntnis innerhalb bestimmter Frist seitens des Auftraggebers, gilt diesem das Objekt als bisher unbekannt; dazu siehe näher Dritter Teil.

3) RG Recht 1907, S. 972, Nr. 2275 (U.v.25.6.1907).

4) RGZ 1925, 260 (U.v.7.10.1924): Dem geplanten und vom Makler nachgewiesenen Holzan Kauf stand zunächst die Zwangsverwaltung des Gutes J. entgegen. Der Kauf kam schließlich mit dem späteren Ersteher des Guts zustande.

5) BGH MDR 1969, 645; BGH BB 1967, 649.

III. Ebensowenig wie der Begriff des "Nachweises" ist derjenige der "Vermittlung" gesetzlich definiert¹⁾ oder auch nur in den Gesetzesmaterialien erläutert.

Der Versuch der höchstrichterlichen Judikatur, diese Art der Maklertätigkeit näher zu bestimmen, führte zu unterschiedlichen Ergebnissen.

1. Geht man von dem Wortsinn: Vermittler aus, so versteht man darunter normalerweise eine "Mittelsperson, die durch Verhandeln mit beiden Teilen einen Vertrag zustande bringen sucht" - so das RG²⁾.

Gerade dies aber, ob nämlich zur Vermittlung i.S.d. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB ein Verhandeln mit b e i d e n Teilen - also auch mit dem Auftraggeber - gehört, ist zweifelhaft.

Das vom RG herangezogene sprachliche Argument ist gerade im Maklerrecht ohne Aussagewert. Der Vermittler i.S.d. normalen Sprachgebrauchs steht unparteilich zwischen den Kontrahenten und sucht zwischen diesen einen Kompromiß auszuhandeln, der den Interessen beider möglichst gerecht werden soll.

Anders der Makler, der kein "Schlichter"³⁾ ist und grundsätzlich keineswegs zur Unparteilichkeit verpflichtet ist, vielmehr einer Seite - dem Auftraggeber - zu loyaler und gewissenhafter Interessenwahrung verpflichtet ist und für diesen die bestmöglichen Bedingungen zu erreichen sich bemühen muß⁴⁾.

Die Pflicht zur Unparteilichkeit besteht nur ausnahmsweise im Rahmen eines Doppelauftrags, was dort seine Berechtigung aus

1) Worauf RG JW 1916, S. 738, Nr. 3 ausdrücklich hinweist.

2) RG aaO.

3) BGH NJW 1968, 152; wenn daher oft vom "ehrlichen Makler" gesprochen wird und hierbei auf die Schlichterrolle Bezug genommen wird, so ist diese Begriffsverwendung unscharf.

4) Vgl. oben Erster Teil, Vierter Abschnitt, B; statt aller BGH NJW 1968, 150 (151); RG LZ 1920, S. 758, Nr. 4.

dem ansonsten unlösbaren Interessengegensatz erhält¹⁾.

2. Aus der Pflicht des Maklers, nach Kräften für die Interessen seines Geschäftsherrn einzutreten, ergibt sich für den Begriff der "Vermittlung" zunächst jedenfalls: Der Vermittler muß auf den Vertragsgegner seines Auftraggebers in Richtung eines für diesen günstigen Geschäftsabschlusses einwirken. Dies ist auch der gemeinsame Ansatzpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁾.

3. Fraglich ist, ob der Vermittler des Maklerrechts darüber hinaus mit b e i d e n Parteien, also auch mit seinem Geschäftsherrn "verhandeln" muß.

Wird dies zwar vereinzelt bejaht³⁾, so steht die höchstrichterliche Judikatur Überwiegend auf dem gegenteiligen Standpunkt.

So erklärt etwa RG JW 1917, 538 (539) ausdrücklich: "Eine Vermittlertätigkeit liegt vielmehr schon dann vor, wenn der Vermittler ... mit dem anderen Teil verhandelt und diesen zu dem Vertragsschlusse veranlaßt. Eine weitere Verhandlung mit dem Auftraggeber, als sie in der Erteilung und der Entgegennahme des Auftrags liegt, ist begrifflich nicht erforderlich..."⁴⁾. Auf derselben Linie liegt RG JW 1922, S. 164, Nr. 7 (U.v. 22.10.1921): "Die Vermittlertätigkeit des Maklers verlangt

1) Vgl. oben Erster Teil, Vierter Abschnitt, C; statt aller BGH NJW 1968, 150 (151).

2) BGH BB 1968, 148; BGH AIZ 1959, 29 (U.v. 16.10.1958); RG LZ 1917, S. 190, Nr. 5 (U.v. 1.11.1916); RG JW 1917, 538; RG JW 1916, S. 738, Nr. 3.

3) RG JW 1916, aaO; BGH BB 1968, 148.

4) Man beachte den Unterschied zu RG JW 1916 aaO, das sich zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht ebenfalls auf den Wortsinn bezieht.

keine Verhandlungen mit dem Auftraggeber ..."¹⁾.

Auch der BGH sieht im Einwirken auf den Vertragsgegner des Auftraggebers das wesentliche Merkmal der Vermittlertätigkeit²⁾, demgegenüber das "Verhandeln" (auch) mit dem Auftraggeber nur ausnahmsweise erforderlich ist³⁾.

4. Diese zutreffende Ansicht berücksichtigt, daß der Makler kein volkswirtschaftlicher Unparteiischer, kein "Schlichter"⁴⁾ ist, sondern vielmehr das Interesse seines Auftraggebers wahren und wahrnehmen muß⁵⁾. Dieses verlangt vom Makler in erster Linie eine Einflußnahme auf den Vertragspartner des Geschäftsherrn in dessen Sinn, nur ausnahmsweise auch ein Einwirken auf den Auftraggeber selbst: So darf beispielsweise der Vermittler seinem Geschäftsherrn nicht nur Vorhaltungen hinsichtlich dessen unrealistischer Preisvorstellungen machen - was BGH im Gegensatz zu RG ohne weiteres zuläßt⁶⁾ - sondern "m u ß dies sogar, wenn sonst der Abschluß gefährdet ist und der Verkäufer Gefahr läuft, sein Grundstück gar nicht oder nur ungünstiger zu verkaufen"⁷⁾. Erst im letzteren Ausnahmefall

1) Vgl. a. RG LZ 1917, S. 190, Nr. 5 (U.v. 1.11.1916); RG Gruchot 64, S. 724 (U.v. 28.4.1920).

2) BGH AIZ 1959, 29; BGH LM Nr. 5 zu § 652.

3) BGH BB 1968, 148; BGH NJW 1968, 150 ff.

4) BGH NJW 1968, 150 (152).

5) Dies übersieht Leisau, S. 55, der für die "Vermittlung" ein Verhandeln mit beiden Parteien fordert.

6) Vgl. oben Erster Teil, Viertes Abschnitt, C; RG Recht 1907, S. 1531, Nr. 3799 sowie RG Gruchot 65, S. 86 (87) halten ein Einwirken auf den Auftraggeber nur dann für zulässig, falls das Primärinteresse des Auftraggebers auf einen Vertragsschluß überhaupt ging, BGH NJW 1968, 150 (152) darüber hinaus auch dann, falls das Primärinteresse des Auftraggebers auf bestimmte bestmögliche Bedingungen gerichtet war.

7) BGH NJW 1968, 150 (152).

("muß") ist also ein Verhandeln mit b e i d e n Parteien erforderlich.

Ansonsten besteht keine Pflicht zum "Verhandeln" (auch) mit dem Geschäftsherrn, insbesondere braucht der Makler diesen nicht zu beraten¹⁾, außer, dies ist besonders vereinbart.

Eine i.S.d. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB ausreichende Vermittlungstätigkeit erfordert daher grundsätzlich nur, daß der Makler in Beziehung zu dem Interessenten und potentiellen Vertragspartner (seines Auftraggebers) tritt und diesen i.S. eines für seinen Auftraggeber günstigen Vertragsschluß beeinflußt.

IV. Hat der Makler eine obigen Anforderungen gerecht werdende Tätigkeit entfaltet, so bleibt weiter zu prüfen, welchen Umfang diese haben muß, um den Kausalzusammenhang bejahen zu können. M.a.W. es stellt sich die Frage, ob jedwede (Nachweis- o. Vermittlungs-) Bemühung des Maklers (Äquivalenztheorie) oder nur eine solche bestimmten Gewichts (Adäquanztheorie) dem vom Gesetz aufgestellten Kausalitätserfordernis (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB: "infolge") genügt. Mögen zwar die Kausalitätstheorien "in erster Linie im Strafrecht und bei unerlaubten Handlungen Bedeutung haben"²⁾, so spricht nichts gegen ihre Anwendung im Maklerrecht, wird doch auch hier von Gesetzes wegen ein Kausalzusammenhang für eine Rechtsfolge - den Lohnanspruch - gefordert.

Gilt die Adäquanztheorie nach hM grundsätzlich im bürgerlichen Recht³⁾, so ist ihre Anwendung im Maklerrecht gerade wegen des

1) S.o. Erster Teil, Vierter Abschnitt, B; statt aller BGH NJW 1968, 150 (151); RG JW 1922, S. 164, Nr. 7 (U.v.22.10.1921).

2) Dyckerhoff, S. 15, der die Frage, welche Theorie anwendbar ist, offen läßt.

3) Vgl. BGHZ 3, 267; RGZ 133, 127; RGZ 135, 154; RGZ 142, 388; Rother Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 7 ff; Larenz SchR I, § 27 IIIb, S. 315; Esser SchR I, Allg.T., § 44 III, S. 302; Pal.-Heinrichs Vorb.v. § 249 A.5b.

dort herrschenden Erfolgsprinzips sachgerecht.¹⁾

Hiervon geht übereinstimmend die höchstrichterliche Rechtsprechung aus.

So verlangt RG WarnR 1908, S. 499 (500), Nr. 626 (U.v.3.7.1908) ausdrücklich eine "Tätigkeit, die nach den gewöhnlichen Regeln der adäquaten Verursachung als notwendige Bedingung des eingetretenen Erfolgs anzusehen" ist. Dem entspricht nicht "jede beliebige Tätigkeit"²⁾, vielmehr ist eine "gewisse Bemühung um das Zustandekommen des Vertrages erforderlich"³⁾. "Das bloße Vorliegen eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Verhalten der Klägerin (= Makler - A.d.Verf.) und dem Vertragsschluß genügt nicht"⁴⁾, "denn ausreichend ist nicht nur die (nachweisende⁵⁾) Tätigkeit des Maklers, sie muß auch (generell) geeignet sein⁶⁾, den Vertragsschluß herbeizuführen"⁷⁾.

-
- 1) Allerdings ist die neuere Entwicklung der Adäquanzlehre im Schadensrecht (vgl. statt aller Rother, S. 12 ..."das Adäquanzprinzip, das in seiner modernen Auffassung ein allgemeines, nach Wahrscheinlichkeits- und Zurechnungsgesichtspunkten zu handhabendes Korrektiv der reinen logischen Ursachenermittlung darstellt...") für das Maklerrecht ohne Bedeutung. Geht es im Schadensrecht darum, die Adäquanztheorie in Richtung auf eine sinnvolle Haftungsbegrenzung (der Haftung des Anspruchsverpflichteten) auszubauen bzw. zu ergänzen, so ergibt sich im Maklerrecht die umgekehrte Interessenslage daraus, daß es auf die Kausalität des Handelns des Anspruchstellers (Makler) ankommt. Die hier erforderliche Anspruchsbegrenzung (unterscheide Haftungsbegrenzung) wird bereits dadurch erreicht, daß von Gesetzes wegen eine spezifische (Makler-)Tätigkeit (Nachweis, Vermittlung) gefordert wird.
- 2) RG LZ 1917, S. 190, Nr. 5 (U.v.1.11.1916); RG JW 1916, S. 738, Nr. 3.
- 3) RG Recht 1920, Nr. 626 (U.v.11.10.1919).
- 4) RG Recht aaO; Freilich setzt auch die Adäquanztheorie voraus, daß überhaupt eine *conditio sine qua non* (i.S.d. Äquivalenztheorie) gegeben ist.
- 5) Die in diesem Zusammenhang genannten Entscheidungen beziehen sich sowohl auf die Vermittlungs- als auch die bloße Nachweistätigkeit (vgl. Recht aaO, BGH MDR 1969, 645).
- 6) Ebenso RG JW 1913, S. 685 (686), Nr. 3 (U.v.8.4.1913); RG Recht 1907, S. 972, Nr. 2275 (U.v.25.6.1907).
- 7) BGH MDR 1969, 645.

C) Mitursächlichkeit bzw. Unterbrechung der Kausalität

I. Hat der Makler eine Nachweis- bzw. Vermittlungstätigkeit¹⁾ entwickelt, die eine adäquate Bedingung für den Hauptvertragsabschluß setzte, so genügt auch ein nur mitursächlicher Beitrag - so die ständige Rechtsprechung²⁾.

Die vom Makler erbrachte Leistung braucht nicht die "alleinige"³⁾ oder "hauptsächliche"⁴⁾ Ursache gewesen zu sein.

Grundsätzlich unerheblich ist also, ob a u c h eine andere Ursache zu demselben Erfolg geführt hat bzw. - die Maklertätigkeit hinweggedacht - allein geführt hätte.

Umgekehrt kann aber gerade dieses andere Ereignis zur Beseitigung des ursächlichen Beitrags der Maklerbemühungen geführt, d.h. den Kausalzusammenhang unterbrochen haben.

-
- 1) Fehlt es bereits daran, so braucht die weitere Frage der (Mit-) Ursächlichkeit überhaupt nicht mehr geprüft zu werden (vgl. z.B. RGZ 6, 188), was BGH BB 1968, 149 und RG JW 1913, 685 nicht genügend beachten.
 - 2) BGH NJW 1971, 1133 (U.v.10.2.1971); BGH WM 1970, 855; BGH MDR 1969, 645; BGH WM 1969, 884; BGH BB 1968, 148; BGH NJW 1960, 476 (U.v. 14.12.1959) = MDR 1960, 283; BGH BB 1955, 490 (U.v.3.2.1955); RGZ 153, 375 (U.v.19.2.1937); RG JW 1937, S. 222, Nr. 4 (U.v. 16.10.1937); RG HRR 1937, Nr. 798 (U.v.26.2.1937); RGZ 148, 354 (357) (U.v.24.9.1935); RG JW 1922, S. 164, Nr. 7 (U.v.22.10.1921); RG JW 1917, 538 (539) (U.v.6.3.1917); RG WarnR Bd. 14, S. 252 (254), Nr. 182 (U.v.24.4.1914); RG JW 1913, S. 685, Nr. 3; RGZ 83, 32 (U.v.1.7.1913); RG WarnR 1908, S. 499 (500), Nr. 626; RG JW 1900, S. 861, Nr. 26 (U.v.27.10.1900); RG JW 1901, S. 90, Nr. 31 (U.v. 10.1.1901); RGZ 6, 188; RG Gruchot 47, 927 (U.v.30.9.1902); RG JW 1894, S. 131 (132) (U.v.5.2.1894); dabei ist unerheblich, ob Nachweismaklervertrag (vgl. RGZ 83, 32; RGZ 6, 188; BGH WM 1969, 184) oder Vermittlungsmaklervertrag (vgl. BGH MDR 1960, 283; RG Recht 1907, S. 1401, Nr. 3490; RG WarnR 1908, S. 499, Nr. 626).
 - 3) BGH MDR 1969, 645; RG JW 1937, S. 222, Nr. 4; RG JW 1913, S. 685, Nr. 3; RG WarnR 1908, S. 499 (500), Nr. 626; RG Gruchot 47, 927; RG JW 1901, S. 90, Nr. 31; RG JW 1894, S. 131 (132).
 - 4) BGH WM 1970, 855; BGH MDR 1969, 645; RG JW 1937, S. 222, Nr. 4; RG Gruchot 47, 927; ebenso sinngemäß RG JW 1913, S. 685, Nr. 3; RGZ 83, 32; RG WarnR 1908, S. 499 (500) Nr. 626.

II. Geeignete Kriterien für die Unterbrechung der Kausalität im Maklerrecht zu finden, erwies sich als schwierig.

1. Das RG versucht es mit einer hypothetischen Betrachtungsweise: "An der auch nur mitwirkenden Ursächlichkeit eines Nachweises fehlt es, wenn der Vertrag in der Folge aufgrund der Tätigkeit eines anderen Maklers oder sonstwie aufgrund einer Entwicklung zustande kommt, die sich auch dann vollzogen hätte, wenn es an dem ursprünglichen Nachweis (des ersten Maklers - A.d.Verf.) gefehlt hätte, wenn m.a.W. jene (ursprüngliche - A.d.Verf.) Tätigkeit hinweggedacht werden kann, ohne daß sich an den wesentlichen Einzelheiten der zum Vertragsschluß führenden Entwicklung etwas ändert"¹⁾.

RG deutet in dieser Entscheidung bereits an, wann vor allem eine Unterbrechung der Mitursächlichkeit in Betracht kommt: Die durch den Makler eingeleiteten Verhandlungen zwischen den Parteien werden erfolglos abgebrochen. Später werden sie ohne Beteiligung des ersten Maklers - sei es mit Hilfe eines zweiten Maklers (Fall 1), sei es aus Eigeninitiative der Parteien (Fall 2) - wieder aufgenommen und führen zum gewünschten Geschäftsabschluß.

Das RG übersieht in obig zitierter Entscheidung, daß es für die Fallgruppe 1 zumindest fraglich wäre, ob der zweite Makler (falls Nachweismaklervertrag) einen "Nachweis" i.S.d. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB erbracht hat, war das Objekt doch dem Auftraggeber bereits durch den ersten Makler bekanntgeworden (Vorkenntnis). Damit begründet noch RG JW 1894, S. 131 (132) (U.v. 5.2.1894) seine gegenteilige Ansicht (nämlich grundsätzlich

1) RG HRR 1937, Nr. 798 (U.v.26.2.1937); ebenso OLG Hamburg AIZ 1972, 254 (U.v.19.11.1971), das RG aaO zitiert und folgert: "... man spricht dann von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs"; ebenso Dyckerhoff S. 15; hierbei sei auch nicht verkannt, daß sich die RG-Entscheidung auf einen Nachweismakler bezieht; es spricht aber nichts dagegen, die vom RG entwickelten Grundsätze auch bei dem Vermittlungsmakler anzuwenden, so auch Dyckerhoff, S. 15.

keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bei Eintreten eines anderen (Nachweis-)Maklers¹⁾).

Zudem - und dies ist entscheidend - verkennt das RG den Begriff der Mitursächlichkeit. Diese setzt lediglich voraus, daß der (erste) Makler eine Ursache gesetzt hat, die erst im Zusammenwirken mit weiteren Ereignissen schließlich zum Erfolg führt. Die vom Makler erbrachte Leistung braucht eben nicht alleinige, ja nicht einmal hauptsächliche Ursache gewesen zu sein - so auch das RG selbst²⁾. An der Mitursächlichkeit der Maklertätigkeit vermag auch die vom RG (s.o.) angestellte hypothetische Betrachtung nichts zu ändern.

Der Beitrag des (ersten) Vermittlers wurde tatsächlich geleistet und hat sich - seine Geeignetheit zur Förderung des Vertragsschlusses vorausgesetzt - auch real in Richtung des schließlich zustande gekommenen Hauptvertrags ausgewirkt.

In diesem Umfang kann das spätere schließlich zum Erfolg führende Ereignis nicht ursächlich gewesen sein (z.B., das Interesse des Auftraggebers war schon durch den ersten Makler geweckt und brauchte nicht mehr durch den zweiten Makler geweckt werden).

Daß eine hypothetische nicht die reale Ursache beseitigen kann, ergibt die Logik und ist wegen des dem Maklerrecht zugrunde liegenden Erfolgs- bzw. Belohnungsprinzips gerade hier anzuerkennen. Die grundsätzliche Nichtberücksichtigung hypothetischer Ursachen ist auch etwa im bürgerlichen Schadens-

1) Vgl. a. RGZ 6, 188; dies übersieht auch Dyckerhoff S. 15, wenn er pauschal erklärt, es fehle an der Ursächlichkeit der Nachweistätigkeit (des ersten Maklers!), falls der Auftraggeber später von anderer Seite erneut auf diese Vertragsmöglichkeit hingewiesen wird. Eher fehlt es wohl an einem Nachweis des zweiten Nachweismaklers (Vorkenntnis).

2) RG JW 1937, S. 222, Nr. 4; RG Gruchot 47, 927; RGZ 83, 32.

recht zwar umstritten¹⁾, aber doch überwiegend anerkannt²⁾.

Auch ist die umgekehrte hypothetische Fragestellung, ob die ursprüngliche Maklertätigkeit ihrerseits allein zum Erfolg geführt hätte, wäre die spätere Entwicklung (Tätigkeit eines zweiten Maklers etc.) nicht eingetreten, ohne Aussagewert, weil eben ein lediglich m i t u r s ä c h - l i c h e r Beitrag des ersten Vermittlers genügt. Der Makler braucht nicht die "alleinige" Ursache gesetzt zu haben³⁾.

Hielt bereits das RG JW 1894, S. 131 vor der Kodifizierung des BGB hypothetische Überlegungen in obigem Sinn für rechtlich irrelevant⁴⁾, so trat dieser Betrachtungsweise auch der BGH entgegen: "Die Ursächlichkeit dieser Hinweise (des ersten Maklers - A.d.Verf.) für den späteren Vertragsschluß wurde nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß das Objekt der Beklagten (= Auftraggeber - A.d.Verf.) später auch noch von einem anderen Makler genannt wurde und daß sie (= Auftraggeber - A.d.Verf.) den Kaufvertrag ebenso geschlossen hätte, wenn sie die Hinweise der Klägerin (= erster Makler - A.d. Verf.) nicht erhalten hätte, da ihr diese dann von dem später

1) Vgl. zum Meinungsstand: Rother, S. 197 ff; Larenz, § 27 III, S. 359 ff; Esser, § 46 II, S. 316; Pal.-Heinrichs Vorb. v. § 249 A.5f; die Argumente gegen (Sanktionsgedanke) und für (Ausgleichsgedanke) die Berücksichtigung der hypothetischen Schadensursache lassen sich jedoch nicht unmittelbar im Maklerrecht verwerten, wo der Erfolgs- bzw. Belohnungsgedanke gilt.

2) Vgl. BGHZ 29, 207 (215); BGHZ 10, 6 (9); RGZ 141, 365; RGZ 144, 80.

3) So die ständige Rspr (s.o.); statt aller: BGH NJW 1971, 1133 und RGZ 148, 354 (357).

4) Nach RG JW 1894, S. 131 (132) "läßt sich der Nachweis, daß ohne die Tätigkeit des (zweiten) Maklers das Geschäft unmöglich gewesen wäre, nicht erbringen"; dieses Beweises bedürfte es obendrein aus Gründen der Beweisverteilung nicht.

tätig gewordenen Makler geliefert worden wären"¹⁾.

2. Die Frage, ob die Ursächlichkeit des Beitrags des zuerst beauftragten Vermittlers durch spätere - schließlich zum Erfolg führende - Ereignisse beseitigt, d.h. die Kausalkette unterbrochen wurde, läßt sich nicht allgemein beantworten. Es ist vielmehr im Einzelfall zu untersuchen, ob die vom Vermittler entfalteten Bemühungen zur Herbeiführung des Erfolgs generell geeignet waren und sich auch tatsächlich wirtschaftlich erfolgreich ausgewirkt haben.

Die Judikatur stellt darauf ab, ob die ursprüngliche Maklertätigkeit bei den neu aufgenommenen Verhandlungen bzw. bei dem Geschäftsabschluß noch fortwirkte²⁾. Die Neuverhandlungen müssen sich als Fortsetzung der ursprünglichen Kontakte ansehen lassen³⁾, will man die Mitursächlichkeit bejahen. Der Hauptvertrag darf also nicht "auf Grund völlig neuer Verhandlungen zustande kommen"⁴⁾, die ursprünglichen Verhandlungen dürfen noch nicht endgültig gescheitert sein⁵⁾; es muß z.B. das vom ersten Makler bei dem Auftraggeber geweckte Interesse auch bei der Neuaufnahme der Verhandlungen weiter vorhanden sein⁶⁾.

Ob das eine oder das andere zutrifft, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls und ist "vorwiegend Tatfrage"⁷⁾.

1) BGH WM 1970, 855.

2) BGH aaO; BGH AIZ 1961, 108; RG HRR, 1937, Nr. 798; RG WarnR 1908, S. 499 (500); RG JW 1900, S. 861, Nr. 26.

3) BGH WM 1970, 855; BGH AIZ 1961, 108; RG WarnR 1908, S. 499 (500); RG JW 1900, S. 861, Nr. 26.

4) BGH AIZ aaO; BGH MDR 1960, 283 = NJW 1960, 476.

5) BGH AIZ aaO.

6) BGH WM aaO; BGH AIZ aaO.

7) BGH WM aaO; RG HRR 1937, Nr. 498; RG WarnR 1908, S. 499 (500); RG JW 1900, S. 861, Nr. 26.

3. Das Problem der "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" stellte sich hauptsächlich bei Sachverhalten, in denen die zunächst abgebrochenen Verhandlungen mit Hilfe eines zweiten Maklers¹⁾ oder aber aus Eigeninitiative der Parteien²⁾ wieder aufgenommen wurden³⁾.

Indiz für völlig neue Verhandlungen und damit für die Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs ist das Zustandekommen eines gegenüber dem ursprünglich geplanten Hauptvertrag wesensverschiedenen Geschäftsabschlusses⁴⁾. Ein solcher liegt noch nicht bei unterschiedlicher Kaufpreishöhe vor - sei es zugunsten⁵⁾ oder zuungunsten des Auftraggebers⁶⁾. Längeres Ruhen der abgebrochenen Geschäftsgespräche führt nicht zur Unterbrechung⁷⁾. Unerheblich ist auch, ob der Auftraggeber dem aufgrund neuer Verhandlungen schließlich zwischen Dritten zustande gekommenen Vertrag lediglich beitritt⁸⁾.

-
- 1) BGH WM aaO; BGH AIZ aaO; RG HRR aaO; RG JW 1913, S. 685, Nr. 3; RGZ 83, 32; RG JW 1901, S. 90, Nr. 31; RG JW 1894, S. 131.
- 2) BGH MDR 1960, 283; RG Recht 1907, S. 1401, Nr. 3490; RGZ 6, 188; RG JW 1900, S. 861, Nr. 26; RG JW 1901 aaO.
- 3) Unerheblich hierbei ist, ob der erste Makler nur nachweisend (vgl. BGH AIZ aaO; BGH WM aaO; RGZ 83, 32; RG HRR aaO; RG JW 1894 aaO) oder vermittelnd (BGH MDR aaO; RG Recht 1907 aaO) tätig war.
- 4) RG JW 1900, S. 861, Nr. 26; hier taucht zugleich das Problem der Identität auf (vgl. oben Zweiter Teil, Zweiter Abschnitt, C). Allerdings ergibt sich ein Unterschied insofern, als trotz fehlender Identität die Maklertätigkeit trotzdem mitursächlich sein und eine Provisionspflicht auslösen kann, nämlich dann, wenn ein neuer Maklervertrag hinsichtlich der anderen Geschäftsgelegenheit stillschweigend zustande kam (vgl. o.aaO).
- 5) BGH WM aaO; BGH AIZ aaO; RG WarnR 1908, S. 499 (500).
- 6) RG HRR 1937, Nr. 498.
- 7) BGH AIZ 1961, 108.
- 8) RG WarnR 1908, S. 499, Nr. 626.

Der Auftraggeber kann den ursächlichen Beitrag des Vermittlers auch nicht dadurch beseitigen, daß er den Vertragsschluß durch einen von ihm wirtschaftlich beherrschten Dritten vornehmen läßt¹⁾. Endlich wird der Kausalzusammenhang nicht dadurch unterbrochen, daß bei gleichbleibendem Objekt nur der Verhandlungs- bzw. Vertragspartner wechselt²⁾.

D) Subjektive Momente

I. Fraglich ist, ob das objektive Vorliegen einer ursächlichen Maklertätigkeit für das Entstehen des Provisionsanspruchs genügt, oder ob darüber hinaus s u b j e k t i v e Momente erforderlich sind. Die höchstrichterliche Judikatur fordert in ständiger Rechtsprechung, der Geschäftsherr müsse spätestens bei dem Hauptvertragsabschluß Kenntnis von der hierauf gerichteten Maklertätigkeit erlangt haben³⁾; hingegen ist ein Bewußtsein hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs entbehrlich⁴⁾.

II. Letzteres folgt aus dem Schweigen des Gesetzes⁵⁾ und dem Umstand, daß es auch sonst bei der Kausalität auf die o b j e k t i v e

1) BGH MDR 1960, 283; Auftraggeber ließ sich von Makler eine russische Firma (namens Sovexport) vermitteln, die für ihn einen Film herstellen sollte. Nach Abbruch der zunächst eingeleiteten Verhandlungen gründete Auftraggeber für das Filmprojekt eigens eine KG, über die die Verhandlungen wieder aufgenommen wurden und schließlich zum Erfolg führten.

2) RG LZ 1925, 260; RG JW 1917, 538.

3) BGH AIZ aaO, 109; RG JW 1937, S. 222, Nr. 4; RG JW 1922, S. 164, Nr. 7; RG Recht 1920, Nr. 626; RG WarnR Bd. 14, S. 252 (253), Nr. 182; RGZ 83, 32; RGZ 68, 195 (202); RG Recht 1907, S. 972, Nr. 2275; RG Gruchot 48, S. 344 (346), Nr. 18; RGZ 31, 289.

4) BGH AIZ aaO; BGH MDR aaO; RG JW 1937 aaO; RG JW 1922 aaO; RG WarnR aaO; RGZ 83, 32 (35).

5) Vgl.a. RGZ 83, 32 (35); ebenso BGH MDR 1960, 283.

Zurechnung ankommt. Entscheidend ist die "objektive Sachlage"¹⁾ dies schon deshalb, weil die Beurteilung der rechtlich schwierigen Frage der Kausalität - und damit der Provisionsanspruch - nicht von dem Bewußtseinszustand des Geschäftsherrn abhängig gemacht werden kann²⁾.

Erst recht sind die Vorstellungen des Vertragsgegners des Auftraggebers³⁾ oder gar des Maklers selbst⁴⁾ ohne Bedeutung.

III. Trotz oder gerade wegen des Fehlens einer klaren Stellungnahme im Gesetz bzw. in dessen Entstehungsgeschichte stellt die höchsterichterliche Rechtsprechung von sich aus als zusätzliche Anspruchsvoraussetzung die Kenntnis des Auftraggebers von der Maklertätigkeit auf⁵⁾.

1. Nur wenn der Geschäftsherr von den Bemühungen seines Maklers, den Vertrag zustande zu bringen, erfahren hat, ist er bei Abschluß des Hauptvertrags "in die Lage versetzt, mit der Möglichkeit einer berechtigten Maklerlohnforderung (zu) rechnen und sich darauf einzurichten"⁶⁾. Er wird dann möglicherweise von dem Geschäftsabschluß überhaupt absehen oder doch zumindest die Provisionsforderung bei der Preis- bzw. sonstigen Vertragsgestaltung mit berücksichtigen⁷⁾.

1) RG HRR 1937, Nr. 798.

2) Vgl. RGZ aaO; so auch Titze mit Anm. zu RG JW 1922 aaO.

3) BGH MDR aaO.

4) RG HRR aaO.

5) Vgl. statt aller RG JW 1937, S. 222, Nr. 4; RG WarnR Bd. 14, S. 252 (253), Nr. 182; davon ist die Kenntnis hinsichtlich der Geschäftsmöglichkeit selbst (Vorkenntnis) zu unterscheiden.

6) RG JW 1922, S. 164, Nr. 7.

7) RGZ 31, 289 (291); RG WarnR Bd. 14, S. 252, Nr. 182; steht daher fest, daß der Auftraggeber den Vertrag auch bei Kenntnis der Maklertätigkeit genauso abgeschlossen hätte, so ist die fehlende Kenntnis unbeachtlich - vgl. RG aaO.

2. M.a.W., es ist obiges Wissen für die EntschlieÙung des Geschäftsherrn wesentlich; die (auch) vom Gesetzgeber anerkannte EntschlieÙungsfreiheit des Auftraggebers (s.o. Erster Teil, Dritter Abschnitt) besteht nur da, wo sich dieser über die Kalkulationsgrundlage im klaren ist und bedingt somit auch die Kenntnis der die Provisionspflicht auslösenden Maklertätigkeit. Erst dann läÙt sich von einer "Annahme der Dienste"¹⁾ des Maklers sprechen.

Indem die Rechtsprechung dieses zusätzliche Anspruchserfordernis aufstellt, trägt sie der auch vom Gesetzgeber gewollten EntschlieÙungsfreiheit Rechnung. Daher kann auch aus dem Schweigen des Gesetzes bzw. der Gesetzesmaterialien nicht der Schluß gezogen werden, der Gesetzgeber habe eine Kenntnis des Geschäftsherrn im obigen Sinn für entbehrlich gehalten.

Es wäre dem Gesetzgeber ein leichtes gewesen, der bereits vor der Kodifizierung des BGB insoweit feststehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁾ entgegenzutreten. Zumindest in den Gesetzesmaterialien wäre ein entsprechender Hinweis angebracht gewesen, was auch das RG betont³⁾.

Die Kenntnis von der Maklertätigkeit erlangt der Geschäftsherr durch entsprechende Mitteilung seitens des Maklers⁴⁾, die auch mittelbar - etwa über den Interessenten - erfolgen kann⁵⁾. Der Auftraggeber seinerseits ist nicht zur Rückfrage

1) RGZ 31, 289; ebenso WarnR aaO; RG Gruchot 48, S. 344 (346); RGZ 83, 32 (36).

2) Vgl. z.B. RGZ 31, 289 (U.v.3.7.1893).

3) RG Gruchot, aaO.

4) RGZ 83, 32 (36).

5) RG JW 1937, S. 222, Nr. 4.

verpflichtet¹⁾

Die Kenntnisverschaffung ist vielmehr eine Obliegenheit des Vermittlers, der für die Anspruchsvoraussetzungen des § 652 Abs. 1 BGB (hier: Kenntnis des Auftraggebers von der Maklertätigkeit) nach allgemeinen Beweisregeln²⁾ darlegungs- und beweispflichtig ist.

E) Beweisfragen

I. Der Makler hat nach allgemeinen Beweislastregeln³⁾ die Anspruchsvoraussetzungen der für ihn günstigen Norm (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB) - also auch den Ursachenzusammenhang - zu beweisen.

1. Problematisch ist der Umfang des hierfür vom Makler zu erbringenden Beweises.

Ist neben dem Beweis des Zustandekommens des Hauptvertrags und der hierauf gerichteten Maklertätigkeit auch noch die substantiierte Darlegung bzw. Beweisführung hinsichtlich weiterer dazwischenliegender Kausalglieder nötig?

Muß etwa der (Nachweis-)Makler dartun, die von ihm dem Auftraggeber mitgeteilte Geschäftsgelegenheit sei diesem noch unbekannt gewesen (keine Vorkennntnis), oder die Wiederaufnahme der zunächst gescheiterten Verhandlungen sei auf seine Vermittlertätigkeit zurückzuführen, die das Interesse des Auftraggebers geweckt habe, das dann auch bei den neuen Geschäftsgesprächen noch fortbestanden habe (keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs)?

1) RGZ 31, 289 (292): Es ist "Sache (des Maklers), dafür Sorge zu tragen, daß der Beklagte (= Auftraggeber) rechtzeitig Kenntnis erlangt"; aA Dyckerhoff, S. 18.

2) Rosenberg Die Beweislast, S. 98; Tho-Pu § 282 A. 5, ZPO; Larenz SchR I, § 29 IV, S. 355; Esser SchR I, § 44 V, S. 307; Knieper NJW 1970, 1296.

3) Vgl. vorhergehende Fußnote.

Eine derartige Beweisführung wäre schwierig, beträfe sie doch insoweit vorwiegend in der Sphäre des Geschäftsherrn liegende Tatsachen, in obigen Beispielen etwa die inneren Tatsachen: Vorkenntnis, Fortbestehen des Interesses am Objekt.

2. Der BGH hat in vergleichbaren Fallgestaltungen im Schadenersatzrecht eine Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen vorgenommen: "Für Dienst-, Werk-, Gastaufnahme- und Mietverträge hat die Rspr den Grundsatz entwickelt, daß, wenn die Schadensursache, die im einzelnen nicht zu ermitteln ist, innerhalb eines Gefahrenbereichs gelegen ist, für den der Schuldner die Verantwortung trägt, ... zu vermuten ist, daß die Ursache für den Schaden in dem ... Verhalten (des Schuldners - A.d.Verf.) ... zu suchen ist"¹⁾.

Die Beweislast für das Verschulden trägt also nicht der Geschädigte, der sich insoweit in einem "Beweisnotstand"²⁾ befindet, sondern umgekehrt (für das Fehlen der Schuld) der Schädiger, der "näher daran"³⁾ ist und daher auch eher den Beweis für das Fehlen der Schuld führen kann.

Eine ähnliche Rechtsprechungsentwicklung zeigt sich im Arztrecht⁴⁾ und im Bereich der Produzentenhaftung⁵⁾.

Festzuhalten bleibt, daß der BGH die Beweisschwierigkeiten des Anspruchsberechtigten durch eine Umkehr der Beweislast behebt: Der Anspruchsverpflichtete muß seine Schuldlosigkeit beweisen. Dagegen bleibt der Anspruchsteller grundsätzlich für die

1) BGH MDR 1969, 27 (U.v.18.9.1968) = NJW 1968, 2240; ebenso BGHZ 48, 310 (U.v.12.10.1967); BGHZ 23, 288 (U.v. 11.2.1957); BGHZ 27, 236 (U.v.8.5.1958); BGHZ 8, 239 (241) (U.v.18.12.1952); vgl.a.Larenz, § 24 I, S. 274.

2) Larenz, aaO.

3) BGHZ 48, 310 (313).

4) Vgl.z.B. BGH NJW 1969, 554 (U.v.17.12.1968).

5) Vgl. BGHZ 51, 91 (U.v.26.11.1968); BGH JZ 1971, 29 (U.v.28.9.1970); ebenso BGH BB 1973, 13 (U.v.9.11.1971)

Kausalität voll beweispflichtig, wenngleich ihm dabei die Grundsätze des prima-facie-Beweises zugute kommen¹⁾.

Dieser von der Rechtsprechung im Schadensrecht entwickelte²⁾ prima-facie-Beweis soll gleichfalls dem Anspruchsteller bei der Beweisführung helfen, bedeutet aber keine Umkehrung der Beweislast, sondern lediglich eine Beweiserleichterung³⁾.

Bei sog. typischen Geschehensabläufen wird zugunsten des Anspruchsberechtigten aufgrund eines bestimmten feststehenden (typischen) Sachverhalts (u.a.) auf einen bestimmten Ursachenzusammenhang geschlossen - was zunächst für die (Haupt-)Beweisführung genügt.

Den prima-facie-Beweis (Hauptbeweis) kann der Schädiger dadurch entkräften, daß er seinerseits Tatsachen darlegt und (voll) beweist, die die auf den typischen Geschehensablauf gestützte richterliche Überzeugung (bzgl. des Kausalzusammenhangs) erschüttern. Hierfür genügt bereits die ernsthafteste Möglichkeit eines anderen Schadensablaufs.

(Erst) jetzt muß der Geschädigte den vollen Beweis für Kausalität und Schuld erbringen⁴⁾.

1) Vgl. BGHZ 51, aaO; BGH BB 1973, aaO; BGH JZ 1971, aaO; BGH NJW 1969, 1708 (U.v.18.6.1969); BGH NJW 1969, 554 (U.v.17.12.1968); aA jedoch BGH MDR 1969, 27, der auch hinsichtlich der Kausalität eine Beweislastumkehr vornimmt.

2) BGH NJW 1969, 277 (U.v.15.11.1968); BGHZ 8, aaO; BGHZ 51, aaO; BGH JZ 1971, aaO; vgl. a.Enka Pawlowski, S. 1; Pal.-Heinrichs Vorb.v. § 249 A.8a.

3) BGH MDR 1959, 114 (115) (U.v.12.11.1958); Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 114 A III 3d; Larenz, § 24 I, S. 274; Tho-Pu, § 286 A.4 ZPO; Pal.-Heinrichs aaO; der prima-facie-Beweis ist nach hM eine Frage der Beweiswürdigung, nicht der Beweislast, daher bedeutet er auch keine Beweislastumkehr - vgl. BGH aaO.

4) Vgl. zum ganzen BGHZ 8, 239 (Leitsatz); Larenz aaO.

3. Auch die zum Maklerrecht ergangene höchstrichterliche Judikatur erspart es dem Makler, von vornherein den mitunter schwierigen Kausalitätsnachweis erbringen zu müssen. Unklar ist die dogmatische Einordnung der aufgestellten Beweisverteilung (Beweislastumkehr oder nur Beweiserleichterung?) und die Begründung.

Der Vermittler genügt nach der Rechtsprechung bereits dann seiner Beweisführungspflicht, wenn er nur das Vorliegen einer von ihm erbrachten Maklertätigkeit und das Zustandekommen des Hauptvertrags beweist¹⁾, woraus sich "von selbst der Schluß"²⁾ auf die Ursächlichkeit ergibt.

Dem Auftraggeber obliegt es, den "Gegenbeweis"³⁾ zu führen, d.h. besondere gegen obige Schlußfolgerung sprechende Umstände zu beweisen⁴⁾. Dann endlich - bei gelungenem Gegenbeweis - hat der Vermittler seinerseits den vollen Beweis dafür anzutreten, daß sein Beitrag trotzdem zumindest mitursächlich war⁵⁾.

Diese Art der Beweisverteilung deutet darauf hin, daß die höchstrichterliche Judikatur keine Beweislastumkehr, sondern nur eine Beweiserleichterung entsprechend den Grundsätzen

1) BGH NJW 1971, 1133; BGH MDR 1969, 645; BGH AIZ 1961, 108 (109); RG HRR 1937, Nr. 798; RGZ 148, 354 (357); RG WarnR 1908, S. 499, Nr. 626; RG Gruchot 47, 927; grs.unerheblich für die Beweislastregelung ist, ob Maklertätigkeit sich auf Nachweis (vgl. BGH AIZ aaO, BGH MDR aaO, RG Gruchot, aaO) oder Vermittlung (vgl. RG HRR aaO, RG WarnR aaO) bezog.

2) BGH NJW 1971, aaO; BGH MDR 1969, aaO; RG HRR aaO; RGZ 148, aaO.

3) RG Gruchot aaO.

4) BGH NJW 1971, aaO; BGH MDR aaO; RG HRR aaO; RG Gruchot aaO.

5) BGH NJW 1971, 1133.

des prima-facie-Beweises im Auge hatte. Es handelt sich somit um "einen Sonderfall des sogenannten Anscheinsbeweises"¹⁾.

Wenn der BGH in diesem Zusammenhang von einer "Vermutung" der Ursächlichkeit spricht²⁾, so ist dies zumindest irreführend. Würde der BGH damit eine gesetzliche Vermutung meinen, so würde dies eine Beweislastumkehr bedeuten: Der Auftraggeber müßte den (Haupt-) "Beweis des Gegenteils" (§ 292 ZPO) führen; m.a.W., es würde nicht das Aufzeigen der ernsthaften Möglichkeit eines anderen Kausalverlaufs (Beweiserschütterung) genügen, vielmehr müßte der Auftraggeber im einzelnen die Nichtkausalität (der Maklertätigkeit) bzw. den anderen Ursachenzusammenhang voll beweisen. Es fehlt aber eine dem § 292 ZPO entsprechende gesetzliche Vermutung - die Fassung des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB genügt hierfür nicht³⁾ -, auch wäre eine Verkehrung der Beweisführung sachlich nicht gerechtfertigt. Die den Ursachenzusammenhang vermittelnden Kausalglieder finden sich nicht nur in der Sphäre des Auftraggebers, sondern auch in der des Maklers. Beispielsweise kann eher der Vermittler darlegen und beweisen, daß gerade s e i n intensives Einwirken auf den Vertragsgegner (des Auftraggebers), s e i n e Verhandlungskunst, s e i n e Findigkeit den Vertragsschluß gefördert und mit bewirkt haben⁴⁾. Davon geht BGH an anderer Stelle auch selbst aus, wenn er letztlich vom Makler den Vollbeweis für die (Mit-)Ursächlich-

1) OLG Hamburg AIZ 1972, 254 (256) (U.v.19.11.1971).

2) BGH AIZ 1961, 108 (109).

3) Vgl. a. Rosenberg Die Beweislast, S. 204, der die "Begriffsverwirrung" in diesem Bereich beklagt (S. 199).

4) Dies übersieht Knieper NJW 1970, 1296, der an die durch die Rspr vorgenommene Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen (Beweislastumkehr) anknüpft und offenbar eine echte "Vermutung" der Ursächlichkeit annimmt.

keit verlangt¹⁾.

Der von BGH AIZ 1961, 108 (109) gebrauchte Begriff der "Vermutung" der Ursächlichkeit ist offensichtlich i.S. einer tatsächlichen, unechten Vermutung (im Unterschied zur gesetzlichen Vermutung i.S.d. § 292 ZPO), eines Erfahrungssatzes verwendet, was nicht ungewöhnlich ist²⁾.

Rosenberg beklagt die insoweit herrschende "Sprachverwilderung" und "Begriffsverwirrung"³⁾.

Die von der Rechtsprechung zugunsten des Vermittlers entwickelte Beweiserleichterung ist zwar sachgerecht, allerdings vermißt man eine nähere dogmatische Begründung.

Fehlt eine solche teilweise überhaupt⁴⁾, so stützt sich etwa BGH NJW 1971, 1133 (1135) auf die "zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber bestehenden vertraglichen Beziehungen" und die "allgemein geltenden Beweislastgrundsätze", woraus - so der BGH - bereits die (von ihm vorgenommene) Beweisverteilung "unmittelbar ... entnommen werden kann".

Weder sagt der Maklervertrag selbst etwas zur Beweisfrage aus - außer die Parteien haben ausdrücklich in ihm die Verteilung der Beweislast geregelt, was möglich ist⁵⁾ -, noch folgt aus den allgemeinen Beweisregeln eine Beweiserleichterung. Der von der Rechtsprechung herausgebildete Grundsatz über den Beweis des ersten Anscheins ermöglicht vielmehr erst die Beweiserleichterung in Abweichung von den allgemeinen Beweisregeln.

1) BGH NJW 1971, 1133 (Leitsatz aE).

2) Vgl. z.B. Baumbach, Lauterbach § 282 Anh 3; Zöllner § 292 A.3; OLG Hamburg aaO; s.a. Kritik von Rosenberg aaO, S. 199.

3) Rosenberg aaO.

4) BGH AIZ 1961, 108 (109); BGH MDR 1969, 645.

5) Vgl. Zöllner § 282 A.V 5; Tho-Pu § 282 A. 6; Soergel-Siebert-Mormann § 652 A.29.

Ebensowenig vermag daher die Berufung des RG Gruchot 47, 927 (930) auf den Gesetzeswortlaut des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB und seine Entstehungsgeschichte zu überzeugen¹⁾.

Dem Gesetzgeber war das Problem einer von der gesetzlichen Fassung abweichenden Beweisverteilung noch unbekannt, sonst hätte er zumindest in den Gesetzesmaterialien einen entsprechenden Hinweis gegeben²⁾.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelte rechtsfortbildend die Grundsätze des prima-facie-Beweises und wendet diese seit jeher auch im Maklerrecht an.

Nur so kann das unbillige Ergebnis vermieden werden, daß der Auftraggeber durch bloßes (substantiiertes) Bestreiten der den Kausalzusammenhang ausfüllenden Tatsachen einen berechtigten Provisionsanspruch zu Fall bringt. Nach allgemeinen Beweislastregeln mußte nämlich der Makler den vom Auftraggeber (durch bloße Behauptungen) bestrittenen Kausalzusammenhang voll beweisen - was oft schwierig bzw. unmöglich wäre. Dies ist der eigentliche Grund für die durch die Rechtsprechung zugunsten des Maklers geschaffene Beweiserleichterung, was auch in BGH NJW 1971, 1133 (1135) deutlich zum Ausdruck kommt: "Durch eine solche Beweisverteilung ... wird dem Interesse des Maklers daran angemessen Rechnung getragen, daß berechnigte Provisionsansprüche nicht durch eine vom Auftraggeber fälschlich behauptete Vorkenntnis hintertrieben werden".

1) Die (eingehende) Argumentation des RG aaO bezieht sich auf den "Nachweis" und folgert aus redaktionellen Änderungen der Entwürfe zum BGB, der Gesetzgeber habe eine Beweiserleichterung zugunsten des Nachweismaklers gewollt.

2) Auch war sich der Gesetzgeber allgemein nicht über den Kausalitätsbegriff im klaren, weshalb auch die Rspr die Adäquanztheorie entwickelte; umso erstaunlicher wäre es, wenn dem Normgeber die Kausalitäts-Beweisfragen vertraut gewesen wären (vgl. Larenz SchR I § 27 IIIa, S. 315 und Methodenlehre, S. 305).

Vierter Abschnitt: Ergebnis

Hauptmotiv für die Kodifizierung des Maklerrechts im BGB war, die den Maklerlohn begründenden Anspruchsvoraussetzungen gesetzlich festzulegen. Der Gesetzgeber wollte "die Entscheidung der Frage ... der Praxis nicht überlassen..."¹⁾. Der höchstrichterlichen Judikatur oblag es, die abstrakte gesetzliche Regelung mit Inhalt zu füllen und zu ergänzen, soweit sie unvollkommen war.

I. In einer reichhaltigen Kasuistik befaßte sich die Rechtsprechung mit dem stillschweigenden Abschluß des Maklervertrags und zog dabei - insoweit den Vorstellungen des Gesetzgebers folgend²⁾ - die allgemeinen Vertragsgrundsätze heran.

II. Die höchstrichterliche Judikatur bestimmte näher, welche Voraussetzungen ein dem § 652 Abs. 1 BGB genügender Hauptvertrag zu erfüllen hat.

1. Das Gesetz, das von der grundsätzlichen Risikoverteilung: Erfolgsrisiko (Makler) - Erfüllungsrisiko (Auftraggeber) ausgeht, kann wegen seiner Abstraktheit naturgemäß keine unmittelbaren Aussagen zu Einzelproblemen treffen. Da auch die Gesetzesmaterialien keine näheren Erläuterungen enthalten, blieb es der höchstrichterlichen Rechtsprechung überlassen, die zahlreichen im Zusammenhang mit dem Zustandekommen und dem nachträglichen Wegfall des Hauptvertrags auftauchenden Zweifelsfragen zu klären.

Ausgehend von der dem Gesetz zugrunde liegenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob der zustande gekommene Hauptvertrag (bereits) als wirtschaftlicher Erfolg angesehen werden kann, was von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist.

1) Mot II, 512.

2) Mot II, 510.

2. Mit dem Kriterium des wirtschaftlichen Erfolgs beantwortet die Judikatur die Provisionsfrage auch in den Fällen, in denen der zustande gekommene Hauptvertrag inhaltlich von dem ursprünglich gewollten Geschäft abweicht.
3. Die Rechtsprechung entnahm dem Gesetzeswortlaut: "Nachweis, Vermittlung", ein provisionspflichtiger Hauptvertrag erfordere einen Vertragsschluß mit einem Dritten. Danach genügt es jedenfalls nicht, daß der Makler selbst als Hauptvertragspartei auftritt. Der BGH "hat diesen in der Rechtsprechung feststehenden Grundsatz dahin erweitert"¹⁾, daß auch ein Hauptvertrag mit einem "Dritten", der zwar nicht rechtlich, aber doch wirtschaftlich eng mit dem Makler verbunden ist, keinen Provisionsanspruch entstehen läßt. Dieser praeter legem vollzogene Rechtsfortbildung, die vor allem auf die Beseitigung der auf dem Miet- und Bau-sektor einreißenden Mißstände abzielte, führte zu einer Reaktion der Legislative und fand bereits ihren Niederschlag in Art.9 § 2 Abs. 2 Nr. 3 des ArtikelG.

III. Da weder das Gesetz noch seine Materialien Aufschluß darüber geben, welche Anforderungen an die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit im einzelnen zu stellen sind, mußte die Judikatur auch hierzu nähere Unterscheidungen treffen.

1. Sie definierte die Art, bestimmte den Umfang der im Rahmen der Kausalität erforderlichen Maklerleistung und löste die damit zusammenhängenden Kausalitätsprobleme.
2. Es wurde als zusätzliches subjektives Anspruchserfordernis die Kenntnis des Auftraggebers von der Maklertätigkeit verlangt.

1) BGH NJW 1974, 137.

3. Die höchstrichterliche Rechtsprechung korrigierte die sich aus der Fassung des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB ergebende Beweisverteilung, indem sie dem Makler die Beweisführung erleichterte. Hierzu wurden die praeter legem entwickelten Grundsätze des prima-facie-Beweises auch im Maklerrecht angewandt.

DRITTER TEIL

VOM GESETZESRECHT ABWEICHENDE VEREINBARUNGEN DER VERTRAGSPARTEIEN

Erster Abschnitt: Allgemein

Mangels klarer Gesetzeskonzeption war es Aufgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung, rechtsfortbildend Inhalt und Rechtsnatur des reinen, gesetzlichen Maklervertrags näher zu bestimmen, sowie die einzelnen gesetzlichen Anspruchselemente des Maklerlohns auszugestalten.

Damit schuf die Judikatur zugleich den Beurteilungsmaßstab für die von der gesetzlichen Regelung abweichenden Vereinbarungen.

Die Entwicklung des Maklerrechts zu einem Sonderrecht innerhalb des BGB ist weitgehend dem Umstand zuzuschreiben, daß die Makler versuchten, das gesetzliche dispositive Maklerrecht zu ihren Gunsten vertraglich auszugestalten¹⁾. In dem Bestreben, ihr Vergütungsrisiko (d.h. die Gefahr, trotz evtl. umfangreicher Bemühungen keine Provision zu erhalten) zu mindern oder gar völlig zu beseitigen, schränkten die Vermittler die Entschließungsfreiheit des Auftraggebers insoweit ein bzw. klammerten gesetzliche Anspruchserfordernisse aus.

1) Abweichende Vereinbarungen zugunsten des Auftraggebers fallen kaum ins Gewicht, so daß auf eine diesbezügliche nähere Darstellung verzichtet werden kann.

Dies geschah - seltener - im Wege der einzelvertraglichen Abrede, zumeist jedoch mittels Verwendung von Formularverträgen oder durch Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).

Ist eine derartige Risikobegrenzung zwar verständlich und auch wegen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig - § 652 BGB ist eine Dispositivnorm¹⁾ -, so galt es andererseits, den Normzweck des dispositiven Rechts²⁾, dessen "Gerechtigkeitsgehalt"³⁾ zu beachten.

Die gesetzliche Verankerung des Maklerrechts im BGB drückt die Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers aus, enthält einen von diesem in dieser Form gewollten Interessenausgleich und spiegelt die Ansicht des Gesetzgebers hinsichtlich einer gerechten Risikoverteilung wider. Sollte diese Intention des § 652 BGB verwirklicht werden, mußten Kriterien gefunden werden, die sowohl der dispositiven Natur als auch dem "gesetzlichen Leitbild"⁴⁾ des Maklerrechts Rechnung tragen.

Daß gerade hier eine reichhaltige Rechtsprechung zu verzeichnen ist, ist einer wendigen Kautelarjurisprudenz zu verdanken. Die Makler stimmten nämlich ihre Formularverträge und AGB jeweils umgehend auf den neuesten Stand der höchstgerichtlichen Judikatur ab, wobei sie den gerichtlich mißbilligten Klauseln zumeist lediglich eine andere

1) BGH NJW 1973, 1194; BGH WM 1968, 1148; BGH NJW 1966, 1405 (1406), 2008; BGH NJW 1967, 1225; BGH NJW 1965, 246; RGZ 172, 189; RG LZ 1911, 230 (231); RG LZ 1922, 595; RG JW 1911, S. 94, Nr. 16; RG WarnR 1914, S. 165, Nr. 118.

2) Statt aller BGH NJW 1973, aaO.

3) BGHZ 41, 154; vgl. a. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (= AGB-Gesetzentwurf) - siehe Anhang.

4) BGH NJW 1974, 1130 (1131); BGH NJW 1973, 991, 1194; BGH NJW 1973, 1459; BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGH NJW 1966, 1405 (1406); BGH NJW 1965, 246.

Form oder einen anders formulierten - aber wesensgleichen - Inhalt gaben¹⁾. Dies wiederum zog weitere höchstrichterliche Entscheidungen nach sich - usf.

Problematisch war vor allem die zunehmende Verwendung von AGB und vorformulierten Vertragsmustern. Diese allgemein im Wirtschaftsleben sich zeigende - insbesondere durch die zunehmende Industrialisierung bedingte - Entwicklung zwang die Rechtsprechung zum Eingreifen.

Das BGB von 1900 geht von einem formalen Vertragsprinzip aus, dem die Vorstellung eines durch das Gleichgewicht der Vertragspartner sich selbst regelnden Marktmechanismus zugrunde liegt. Weder berücksichtigt das BGB das Problem der wirtschaftlichen, noch das der intellektuellen Unterlegenheit des Vertragspartners des Klauselaufstellers²⁾. Die Vertragsfreiheit verkürzt sich für diesen (Vertragspartner) auf die Wahl zwischen Unterwerfung unter die vordiktierten Bedingungen oder Nichtabschluß des Vertrags überhaupt. Das wichtige Element der Vertragsfreiheit, die Gestaltungsfreiheit fehlt. Auch übersieht der zumeist rechtunkundige Laie kaum die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite der "vereinbarten" Kautelen.

Zweiter Abschnitt: Der Alleinauftrag

Die in der Praxis am häufigsten³⁾ verwendete Form des atypischen, vom Gesetz abweichenden Maklervertrags ist der Alleinauftrag, der sich daher als "Häufigkeitstypus"⁴⁾ bezeichnen läßt.

1) Vgl. a. AIZ 1972, 394 (395); Löwe ZRP 1971, 221 (224).

2) Schmidt-Salzer JA 1973, 571.

3) Vgl. a. Mormann WM 1968, 960 und WM 1971, 1075; Knieper NJW 1970, 1297; beispielsweise verwenden die RDM-Makler 5 verschiedene Alleinauftragsformulare (Nr. 51010, 51025, 51030, 51035, 52005).

4) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 334; Löden, S. 4.

Der Alleinauftrag wird in der Regel¹⁾ mittels einer entsprechenden ausdrücklichen Klausel erteilt, die oft **z u s ä t z l i c h** formulärmäßig näher ausgestaltet ist²⁾.

Der Alleinauftrag bezweckt eine größere Sicherung des Maklers gegen die Wankelmütigkeit seines Geschäftsherrn und beschränkt dessen Entschließungsfreiheit: Der Auftraggeber verzichtet für eine gewisse Zeit auf die freie Widerrufbarkeit des Maklervertrags sowie insbesondere darauf, weitere Makler einzuschalten. Unberührt jedoch bleibt das Recht des Geschäftsherrn, das gewünschte Geschäft ohne Beteiligung des Alleinauftragmaklers mit selbst gefundenen Interessenten abzuschließen und umgekehrt, einen Vertragsschluß mit vom Makler beigebrachten Aspiranten abzulehnen (Abschlußfreiheit).

Zum Ausgleich hierfür ist der - im Normalfall ungebundene - Makler im Rahmen des Alleinauftrags zur Entfaltung von Vermittlungsbemühungen **v e r p f l i c h t e t**. Die neben dem Ausdruck: "Alleinauftrag" auftauchenden Bezeichnungen: Übertragung des "Alleinverkaufs"³⁾ oder "fest an die Hand geben"⁴⁾ werden teils als Synonyme⁵⁾

1) Aber auch stillschweigender Abschluß eines Alleinauftrags möglich - vgl. RG Gruchot 49, 619 (625) (U.v.19.11.1904); RGZ 172, 187; BGH NJW 1967, 198 (U.v.9.11.1966).

2) Dazu siehe später Dritter Abschnitt.

3) RG Gruchot 49, 619; RGZ 172, 187 (189); RG JW 1905, S. 339, Nr. 9 (U.v.7.4.1905); RG JW 1905, S. 73, Nr. 7 (U.v.19.11.1904); RG LZ 1922, S. 25, Nr. 3 (U.v.24.9.1921); RG JW 1922, S. 1323, Nr. 8 (U.v.15.2.1922).

4) RGZ 22, 378 (U.v.18.12.1888); RGZ 76, 361 (U.v.9.6.1911); RG WarnR 1912, S. 337, Nr. 302 (U.v.17.5.1912); BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGH NJW 1966, 2008 (U.v.22.6.1966); BGH NJW 1964, 1467 (1468) (U.v.22.4.1964); gelegentlich wird auch der Ausdruck "fest in die Hand geben" gebraucht (RG JW 1922, 1323 Nr. 8).

5) RGZ 76, aaO; RG JW 1922, aaO; RG WarnR aaO; Soergel-Siebert § 652 Rz 23.

verwendet, teils wird ihnen eine etwas unterschiedliche Bedeutung beigelegt. So umfaßt der - vor allem früher gebräuchliche - Alleinverkaufsauftrag auch das Verbot des Direktgeschäfts¹⁾, der Festauftrag soll die Unwiderruflichkeit für eine festumrissene Zeitspanne betonen²⁾.

A) Verbot der Beauftragung eines weiteren Maklers

Wie schon der Name: Alleinauftrag erraten läßt, bezweckt dieser vor allem die Ausschaltung der Konkurrenz weiterer Makler: Der Auftraggeber darf während der Laufzeit des Alleinauftrags keinen anderen Makler beauftragen, d.h. genauer gesagt, er darf nicht mit Hilfe dieses anderen Vermittlers das gewünschte Geschäft zustande bringen, will er sich nicht wegen positiver Vertragsverletzung des Alleinauftrags schadensersatzpflichtig machen. Diesen Grundsatz stellte schon das RG für den "Alleinverkaufsauftrag" - eine Vorform des Alleinauftrags - auf³⁾, und BGH sieht hierin das Wesensmerkmal des Alleinauftrags⁴⁾.

B) Kein Verbot des Direktabschlusses

I. Hingegen ist es dem Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des BGH auch im Rahmen eines Alleinauftrags nicht untersagt, den beabsichtigten Geschäftsabschluß mit einem

1) RG Gruchot aaO; RGZ 172, aaO; RG JW 1905, aaO; RG LZ 1922, aaO.

2) BGH NJW 1967, aaO; BGH NJW 1964, aaO: "Das ist bei solcher Vertragsgestaltung der Sinn des "fest an Hand Gebens"".

3) RG JW 1905, aaO; RG JW 1901, S. 523, Nr. 14 (U.v.21.5.1901); RG LZ 1922, aaO; RG JW 1922, aaO.

4) BGH NJW 1973, 1194 (U.v.8.5.1973); BGH NJW 1969, 1626 (1627) (U.v.14.5.1969); BGH NJW 1967, 198, 1225 (1226); BGH NJW 1966, aaO; BGH NJW 1964, aaO; BGH NJW 1961, 307 (U.v.17.11.1960).

selbst gefundenen Interessenten direkt (Direktabschluß) - ohne Beteiligung des Maklers - zu tätigen¹⁾.

Aus BGH NJW 1967, 198 (199) läßt sich kein Rechtsprechungs-
wandel des BGH ableiten, wie Hecker/Götze²⁾ glauben. Zwar
erklärt dort der BGH pauschal - und ungenau -, "daß der
Makler eine Vergütung auch dann zu beanspruchen hat, wenn
das Geschäft ohne seine Mitwirkung zustande kommt". Daß BGH
damit aber nicht auch das Direktgeschäft verbieten wollte,
wie man meinen könnte, zeigen seine späteren Ausführungen,
die sich nur noch auf das Verbot der Beauftragung eines
weiteren Maklers beziehen.

Es zeichnet sich gegenüber der RG-Rechtsprechung die Tendenz
der neueren höchstrichterlichen Judikatur ab, die Ent-
schließungsfreiheit des Auftraggebers stärker zu betonen.

II. 1. Das RG prüfte zunächst die Bedeutung von auf bestimmte
Zeit erteilten Makleraufträgen darauf hin, ob sie ledig-
lich eine Zeitschranke (d.h. Erlöschen des Maklerver-
trags ohne Widerrufserklärung) oder aber, ob sie eine
Bindung des Auftraggebers i.S. eines Verbots von jed-
wedem Geschäftsabschluß ohne Beteiligung des Maklers
bezweckten³⁾.

2. Zumeist entschied sich das RG für eine Auslegung im
letzteren Sinn und erklärte j e d e n Geschäftsab-
schluß ohne Mitwirkung des Maklers - also auch das

1) BGH NJW 1973, 1194; BGH AIZ 1969, 220 (U.v.26.3.1969);
BGH NJW 1969, aaO; BGH NJW 1966, 2008; BGH NJW 1964,
1467 (1468); BGH NJW 1961, aaO.

2) Hecker/Götze S. 19a.

3) RGZ 22, 378 (381); RG WarnR 1912, aaO; RG JW 1927, S. 1139,
Nr. 1 (U.v.25.9.1926).

Direktgeschäft¹⁾ - für unzulässig. Unerheblich hierbei ist, daß in diesem Zusammenhang nicht vom "Alleinauftrag", sondern vom "Alleinverkaufsauftrag" oder "fest an die Hand geben" gesprochen wird, handelt es sich doch inhaltlich regelmäßig um dieselben Klauseln, die heute als "Alleinauftrag" bezeichnet werden. Auch das RG mißt den unterschiedlichen Bezeichnungen keine Bedeutung zu²⁾.

C) Abschlußfreiheit

Unberührt bleibt - so die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung³⁾ - die Abschlußfreiheit des Auftraggebers; d.h., er kann den Vertragsabschluß mit dem vom Alleinauftragsmakler vermittelten Interessenten ausschlagen, ohne ersatzpflichtig zu werden.

D) Beschränkung des Widerrufsrechts

I. Der Geschäftsherr ist also lediglich insofern in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt, als er das gewünschte Geschäft nicht mit Hilfe eines zweiten Vermittlers zustande bringen darf. Dieses Verbot gilt während der Laufzeit des Alleinauftrags und ist nur dann sinnvoll, wenn dieser nicht

1) RG Gruchot 49, 619 (625); RGZ 172, 187 (189); RG JW 1905, S. 339, Nr. 9 und S. 73 (75), Nr. 7; RG JW 1901, S. 523, Nr. 14; RG LZ 1922, S. 25, Nr. 3; RG JW 1922, S. 1323, Nr. 8.

2) RG JW 1922, S. 1323, Nr. 8.

3) BGH WM 1970, 1457 (U.v.18.9.1970); BGH DB 1970, 1825 (1826) (U.v.1.7.1970); BGH NJW 1967, 1225 (1226); RG JW 1905, S. 73 (75), Nr. 7; RGZ 76, 361 (363); RG JW 1911, S. 758, Nr. 15; RGZ 172, 187 (191); RG JW 1922, aaO.

jederzeit durch einseitigen "Widerruf"¹⁾ des Auftraggebers beseitigt werden kann. Daher bedeutet der Alleinauftrag zugleich einen Widerrufsverzicht für bestimmte Zeit²⁾. Fehlt eine entsprechende ausdrückliche Fristsetzung, so gilt eine angemessene Frist als vereinbart³⁾. Ein vorzeitiger Widerruf ist analog § 626 BGB nur bei wichtigem Grund zulässig⁴⁾, so z.B., wenn der Makler einen unseriösen Interessenten vermitteln will⁵⁾ oder er untätig bleibt bzw. seine Vermittlungsbemühungen in einer für den Geschäftsherrn unzumutbaren Weise vernachlässigt⁶⁾.

II. 1. Ein ohne solch wichtigen Grund erklärter Widerruf vor Ablauf des Alleinauftrags ist unwirksam, weil sonst das Verbot der Beauftragung eines weiteren Maklers leicht umgangen werden könnte. Wäre nämlich der Widerruf wirksam,

1) denselben terminus technicus "Widerruf" (durch den Auftraggeber) im Gegensatz zu "Kündigung" (durch den Makler) verwenden Rspr und Literatur: BGH NJW 1967, 1226; BGH NJW 1966, 1405; RGZ 22, 378 (380); RGZ 76, 361; RG JW 1927, S. 1139, Nr. 1; RG JW 1905, S. 339, Nr. 9; Erman § 652 Rz 19; Esser SchRII, § 83 II (S. 193); Larenz SchRII, § 54 (S. 249); Soergel-Siebert § 652 Rz 11; Staudinger § 652 Rz 49; Enneccerus-Lehmann SchRII, § 158 III 1; - vgl.a. gesetzliche Terminologie bei § 671 Abs. 1 BGB.

2) BGH NJW 1967, 198 (199); BGH NJW 1966, 1405 (1406); RG JW 1927, S. 1139, Nr. 1 (U.v.25.9.1926); RG LZ 1913, S. 144, Nr. 15 (U.v.19.11.1912); RG JW 1905, S. 339, Nr. 9; RGZ 22, 378; RGZ 76, 361.

3) RG LZ 1922, S. 25, Nr. 3; RG LZ 1913, S. 144, Nr. 15 (U.v. 19.11.1912); RG JW 1905, S. 339, Nr. 9; vgl.a. § 8 Nr. 12 AGB-Gesetzentwurf - siehe Anhang.

4) BGH WM 1970, 1457; BGH NJW 1969, 1626; RG Recht 1932, S. 70, Nr. 89 (U.v.10.11.1931).

5) BGH WM 1970, 1457 (1460).

6) BGH NJW 1969, aaO.

so würde dies zu einer vorzeitigen Beendigung des Alleinauftrags mit der Folge führen, daß jetzt der Auftraggeber über einen anderen Makler den angestrebten Hauptvertrag abschließen könnte. Eben dies aber soll durch die Erteilung eines Alleinauftrags verhindert werden.

2. Auch die Überwiegende höchstrichterliche Rechtsprechung geht von der Unwirksamkeit eines vorzeitigen Widerrufs aus: Das Widerrufsrecht ist auf bestimmte Zeit "ausgeschlossen"¹⁾, der Makler soll während der Dauer des Alleinauftrags "sicher vor jederzeitigem Widerruf"²⁾ sein, ein vorzeitiger Widerruf soll nur bei wichtigem Grund zulässig (= wirksam) sein³⁾.
3. Die gegenteilige Rechtsansicht (wirksamer Widerruf), die BGH in zwei Entscheidungen vertritt⁴⁾, ist falsch.

BGH DB 1970, 1825 (1826) leitet aus der auch bei dem Alleinauftrag bestehenden Abschlußfreiheit (s.o.) des Auftraggebers ohne weiteres dessen Berechtigung zum jederzeitigen Widerruf ab. Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick plausibel, wäre es doch wenig sinnvoll, den nicht mehr abschlußbereiten Auftraggeber am Alleinauftrag festzuhalten bzw. den Vermittler zu weiteren Bemühungen verpflichten zu wollen. Dabei wäre jedoch übersehen, daß der Makler seinerseits den Alleinauftrag mangels Abschlußbereitschaft des Auftraggebers gem. § 626 BGB analog aufkündigen könnte, also nicht zur Aufwendung von vergeblichen

1) RG Recht 1932, aaO; BGH NJW 1967, 198 (199).

2) BGH NJW 1966, 1405.

3) Statt aller BGH WM 1970, 1457.

4) BGH DB 1970, 1825 (1826) (U.v.1.7.70); BGH NJW 1967, 1225 (U.v.22.2.1967).

Bemühungen gezwungen wäre. Auch würde man dem Makler - die Wirksamkeit des vorzeitigen Widerrufs unterstellt - die Chance nehmen, den Auftraggeber doch noch zum Vertragsabschluß zu bewegen. Für den nicht mehr abschlußwilligen Auftraggeber andererseits besteht kein Bedürfnis, den Alleinauftrag vorzeitig zu lösen, erzeugt dieser doch keine Handlungs-, sondern nur eine Unterlassungspflicht (Verbot der Beauftragung eines weiteren Maklers), die mangels einer Abschlußbereitschaft gegenstandslos wäre. Schließlich - und dies ist entscheidend - wäre der Zweck des Alleinauftrags nicht beachtet; das Verbot, einen weiteren Makler mit der Vermittlung zu betrauen, könnte jederzeit umgangen werden. Weder würde mangels Fortbestehen des Alleinauftrags der Hauptvertragsschluß über einen zweiten Makler vertragswidrig sein, noch könnte der vorzeitige Widerruf selbst als Vertragsverletzung aufgefaßt werden, wäre doch (nach BGH) der Geschäftsherr hierzu berechtigt.

BGH NJW 1967, 1225 (1226) spricht aus, daß der vorzeitige Widerruf eines *F e s t a u f t r a g s* unwirksam sei und der Makler sich folglich "weiterhin für den Auftraggeber bemühen und ihm Interessenten zuführen" könne. Damit will BGH offenbar den vorzeitigen Widerruf des *A l l e i n - a u f t r a g s* im Gegensatz zu dem des Festauftrags jederzeit zulassen¹⁾. Dies ist umso unverständlicher, als BGH kurz vorher betont, der Alleinauftrag beinhalte das Verbot der Beauftragung eines weiteren Maklers.

Auch in diesen Entscheidungen wird die bereits oben (B I) erkennbare Tendenz des BGH offenbar, gegenüber dem RG

1) Dies bestätigt auch der systematische Zusammenhang: BGH erläutert zunächst den Begriff Alleinauftrag und sodann den des "fest an Hand Gebens".

der Entschließungsfreiheit des Auftraggebers mehr Gewicht zu verschaffen.

E) Tätigkeitspflicht

Steht es dem Makler bei dem reinen Maklervertrag grundsätzlich frei, ob er tätig werden will, so ist er bei dem Alleinauftrag zum Tätigwerden verpflichtet¹⁾.

Die Bindung des Auftraggebers (Beschränkung der Entschließungsfreiheit) erfordert auch eine solche des Vermittlers, soll die in §§ 652 ff BGB angestrebte Interessenbalance gewahrt bleiben. Die von dem alleinbeauftragten Makler zu entwickelnden Vermittlungsbemühungen müssen eine gewisse Intensität aufweisen²⁾, wenngleich er auch nicht "alles in seinen Kräften Stehende zu tun"³⁾ braucht. Die im Rahmen des normalen Maklervertrags bestehende Nebenpflicht des (freiwillig) tätig werdenden Vermittlers, die Interessen seines Geschäftsherrn zu wahren, wird also zu einer Hauptpflicht ausgebaut.

Verschiedentlich wird daher der Alleinauftrag irrigerweise als gegenseitiger Vertrag angesehen⁴⁾. Es fehlt jedoch an

1) BGH NJW 1973, 1194; BGH NJW 1969, 1626 (1627); BGH AIZ 1969, 220 (221); BGH NJW 1967, 198 (199); BGH NJW 1966, 1405 (1406); BGH NJW 1964, 1467; RG Recht 1932, S. 70, Nr. 89; RG JW 1905, S. 73, Nr. 7.

2) BGH NJW 1973, 1194; BGH NJW 1969, 1626; BGH NJW 1967, aaO; BGH NJW 1966, aaO.

3) BGH NJW 1964, 1467 (1468): Diese Pflicht hat nur der Vertrauensmakler, der für längere Zeit (hier: 15 Monate) ausschließlich zur Vermittlung berechtigt und verpflichtet ist.

4) Z.B. Rust MDR 1957, 205; Hecker/Götze S. 19a; Mormann WM 1968, 960.

einer dafür erforderlichen Hauptpflicht auch des Auftraggebers - die Provisionszahlungspflicht entsteht nur möglicherweise -, geschweige denn ist ein Synallagma-Verhältnis zwischen etwaigen Hauptpflichten ersichtlich¹⁾. Der Alleinauftrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag²⁾.

F) Rechtsfolgen bei Verletzung des Alleinauftrags

I. 1. Verletzt der Makler seine Pflicht aus dem Alleinauftrag, indem er untätig bleibt, so kann der Auftraggeber auf Leistung (Entfaltung von Vermittlungsbemühungen) klagen (§§ 241, 194, 305, 652 BGB; § 253 ZPO) oder aber den Alleinauftrag gem. § 626 BGB analog widerrufen³⁾.

2. Problematischer ist die Rechtslage, falls der Auftraggeber gegen den Alleinauftrag, also das Verbot, einen weiteren Makler zu beauftragen, verstößt und mit dessen Hilfe den angestrebten Hauptvertrag zustande bringt.

Fraglich ist, ob der Vermittler lediglich einen Schadensersatzanspruch hat - der schwer beweisbar wäre und nur im ungünstigsten Fall die Provisionshöhe erreichen würde -, oder aber, ob ein Provisionsanspruch entsteht.

Letzteres würde eine Abbedingung des Kausalitätserfordernisses - einer gesetzlichen Anspruchsvoraussetzung - bedeuten. Der Makler würde nämlich eine Provision erhalten, obwohl nicht s e i n e Tätigkeit, sondern die eines anderen Maklers für den erreichten Geschäftsabschluß ursächlich war. Eine solch weitreichende Bedeutung läßt sich jedoch weder aus der Bezeichnung als "Alleinauftrag" noch aus dessem Sinn gewinnen.

1) Ebenso Warncke MDR 1961, 725; Löden S. 143; Leisau S. 45; Pal.-Thomas § 652 A.10.A.

2) So auch Löden S. 146; Leisau S. 45; Warncke aaO, S. 726.

3) Statt aller BGH NJW 1969, 1626.

Auch können die von der höchststrichterlichen Judikatur zu der Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten (Urheber-, Patent-, Lizenzrechte) entwickelten Grundsätze keine Anwendung finden. Dort wird aus §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB u.a. ein Anspruch des Verletzten auf Herausgabe des vom Schädiger erzielten Gewinns sowie insbesondere auf Zahlung einer hypothetischen Lizenzgebühr¹⁾ abgeleitet.

Dem Makler analog dazu einen Anspruch auf die (hypothetische) Maklergebühr zuzugestehen, scheitert jedoch bereits daran²⁾, daß der Auftraggeber durch den vertragswidrigen Hauptvertragsschluß kein Ausschließlichkeitsrecht des Maklers verletzt hat. Dieser hat lediglich eine Anwartschaft, die Möglichkeit erlangt, sich die Provision zu verdienen. Er hat jedoch wegen der auch im Rahmen eines Alleinauftrags bestehenden Abschlußfreiheit noch kein Anwartschaftsrecht erworben (vgl. oben Erster Teil, Sechster Abschnitt, II).

Die RG-Rechtsprechung ist nicht einheitlich. Teils spricht sie dem Makler ohne weiteres den vollen Provisionsanspruch zu³⁾, teils leitet sie aus dem vertragswidrigen Hauptvertragsschluß lediglich einen Schadensersatzanspruch her⁴⁾ und erklärt, die Annahme einer Provisionspflicht "bedarf ... der besonderen Begründung"⁵⁾. Interessanterweise will RGZ 76,

1) Vgl. BGHZ 20, 353; BGHZ 44, 372;
Pal.-Thomas § 687 A. 2c.

2) Auch wäre eine Ausweitung dieser Rechtsprechungsgrundsätze auf andere schadensrechtliche Fälle abzulehnen - vgl. Pal.-Thomas aaO.

3) RGZ 22, 378 (381); RG JW 1905, S. 339, Nr. 9;
RGZ 172, 187 (189).

4) RG JW 1901, S. 523, Nr. 14 (U.v.21.5.1901); RG Gruchot 49, 619 (625) (U.v.19.11.1904) = RG JW 1905, S. 73, Nr. 7;
RGZ 76, 361 (363); RG JW 1911, S. 758, Nr. 15.

5) RG JW 1911, aaO; RGZ 76, aaO.

361 (362) - anders als später RG JW 1922, S. 1323, Nr. 8¹⁾ - diese unterschiedliche Spruchpraxis nicht wahrhaben, wenn es folgert: "Diese Entscheidungen stehen nicht im Widerspruch zueinander".

Demgegenüber gesteht BGH in ständiger Rechtsprechung dem Makler nur einen Schadensersatzanspruch zu²⁾.

II. Der Schadensersatzanspruch gründet sich auf positive Vertragsverletzung³⁾. Er richtet sich auf Ersatz der vergeblichen, fehlgeschlagenen Aufwendungen (unmittelbarer Vermögensschaden⁴⁾) und - für den Makler weitaus wichtiger - "beim Vorliegen der Voraussetzungen auch auf (Ersatz) des entgangenen Gewinns"⁵⁾ (mittelbarer Vermögensschaden⁶⁾).

Der Ersatzanspruch kann also möglicherweise die Höhe der Provision erreichen⁷⁾.

Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß zwischen dem vertragswidrigen Hauptvertragsschluß (Verletzungstatbestand) und dem (hypothetischen) Verlust der Provision (Schaden) ein Ur-

1) RG JW 1922, S. 1323, Nr. 8 (U.v.15.2.1922) weist auf den Streitstand hin, läßt allerdings seinerseits die Entscheidung dieser Rechtsfolgefrage offen.

2) BGH NJW 1973, 1194; BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGH NJW 1966, 2008; BGH NJW 1961, 307.

3) BGH NJW 1973, 1194; ähnlich RG Gruchot 49, 619 (625): §§ 280, 325 BGB; RG JW 1911, S. 758, Nr. 15: "allgemeine Rechtsgrundsätze".

4) Vgl. Pal.-Heinrichs Vorb. v. § 249 A. 2b cc.

5) BGH NJW 1973, 1194.

6) Pal.-Heinrichs § 252 A.2.

7) Vgl. RG JW aaO; RG JW 1922, S. 1323, Nr. 8; RGZ 76, 361 (363).

sachenzusammenhang besteht. Dazu müßte feststehen, daß der Makler auch seinerseits einen Hauptvertrag zustande gebracht hätte, weil nur dann ein Provisionsanspruch entstanden wäre.

Gerade dies ist aber wegen der - auch bei dem Alleinauftrag gegebenen - Abschlußfreiheit zweifelhaft, auch wäre der diesbezügliche (vom Makler zu erbringende) Beweis nur schwer zu führen.

Allerdings kommt dem Vermittler hierbei die Beweiserleichterung des § 252 S. 2 BGB zugute¹⁾.

Der Makler braucht nicht zu beweisen, daß er mit S i c h e r - h e i t den Hauptvertrag zustande gebracht und dadurch seine Provision (Gewinn) verdient hätte, es genügt vielmehr eine hierfür sprechende b l o ß e Wahrscheinlichkeit.

Dies ist letztlich Tatfrage, wobei gem. § 287 ZPO an die Substantiierung des Klagvorbringens und die richterliche freie Beweiswürdigung geringere Anforderungen zu stellen sind²⁾.

Für die gem. § 252 S. 2 BGB genügende Wahrscheinlichkeit muß der Makler lediglich beweisen, "daß er innerhalb der ihm gesetzten Frist einen zum Ankauf unter sachgemäßen Bedingungen bereiten und fähigen Käufer gestellt haben würde"³⁾.

Dann ist "aber davon auszugehen, daß der Auftraggeber, der dem Makler einen bindenden Vermittlungsauftrag erteilt, dann aber ohne dessen Vermittlung verkauft hat, ohne dieses vertragswidrige Handeln an einen vom Makler ihm zugeführten Käufer verkauft haben würde, sofern dieser einen angemessenen

1) So auch BGH AIZ 1969, 220 (221).

2) BGH AIZ 1969, 220; RGZ 76, aaO.

3) BGH AIZ 1969, 220; BGH NJW 1966, 2008; RGZ 76, 361 (364); RG Gruchot 49, 619 (625); RGZ 172, 187 (191).

Preis und sonstige entsprechende Bedingungen geboten hätte, und besondere Umstände gegen seine Person nicht vorgelegen hätten"¹⁾.

Demgegenüber ist der Gegenbeweis seitens des Auftraggebers zulässig, er hätte aus bestimmten Gründen trotzdem nicht mit dem vom Makler beigebrachten Interessenten abgeschlossen²⁾, womit die (unechte) Vermutung des § 252 S. 2 BGB widerlegt wäre.

Dritter Abschnitt: Zusätzliche Klauseln

A) Allgemein

I. Der Alleinauftrag bindet also den Auftraggeber nur insoweit, als dieser nicht mit Hilfe eines zweiten Maklers das erstrebte Geschäft abschließen darf, widrigenfalls eine Schadensersatzpflicht - aber keine Provisionspflicht - entsteht. Nicht untersagt ist dem Auftraggeber das Direktgeschäft, auch besteht keine Verpflichtung, mit vom Makler zugeführten Interessenten abzuschließen.

In bezug auf die gesetzlichen Anspruchserfordernisse des Maklerlohnanspruchs bedeutet dies: Der Alleinauftrag läßt die einzelnen Anspruchselemente unberührt, insbesondere beinhaltet er keine Abbedingung des (gesetzlichen) Kausalitätserfordernisses³⁾; der alleinauftragswidrige Hauptvertragsschluß über einen anderen Makler ohne Beteiligung des Alleinauftragsmaklers läßt lediglich einen Schadensersatz- und keinen Provisionsanspruch entstehen. Erst recht stellt der Alleinauftrag keine Abbedingung des (gesetzlichen)

1) RGZ 76, 361 (363, 364); RG Gruchot 49, 619 (625); RGZ 172, 187 (191); BGH AIZ 1969, 220 (221).

2) RGZ 76, 361 (364); RG Gruchot aaO; RGZ 172, aaO; vgl.a. Pal.-Heinrichs § 252 A. 3b.

3) So auch ausdrücklich BGH NJW 1973, 1194.

Erfolgserfordernisses (Zustandekommen des Hauptvertrags) dar, was nur dann der Fall wäre, wenn die bloße Verletzung des Alleinauftrags eine Provisionspflicht auslösen würde, ohne daß ein Hauptvertrag zustande gekommen sein müßte.

II. Die Makler schlossen diese Risikolücke, indem sie den Alleinauftrag mit entsprechenden zusätzlichen Klauseln koppelten. Sie verwendeten dazu insbesondere die Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel, die Widerrufsklausel, die Abschlußverpflichtungsklausel und schließlich - ebenfalls meist im Zusammenhang mit einem Alleinauftrag - die allgemeine Verletzungsklausel. Außerdem fand die Vorkenntnisklausel häufige Verwendung.

B) Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel

I. Nr. 8 der AGB des RDM lautete¹⁾: "Ist Alleinauftrag erteilt, so sind direkte oder durch andere Makler benannte Interessenten an den beauftragten Makler zu verweisen. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtungen hat der Auftraggeber im Falle eines Vertragsabschlusses die volle Gebühr an den alleinbeauftragten Makler zu zahlen, und zwar ohne Nachweis eines Schadens".

Diese Klausel "wird in ähnlicher Fassung, aber mit sachlich gleichem Inhalt von Maklern vielfach benutzt"²⁾ und besagt: Der Auftraggeber schuldet die volle Provision auch dann, wenn er während der Bindung an den Alleinauftrag das gewünschte Geschäft ohne Hinzuziehung des Alleinauftragsmaklers abschließt.

1) Vgl. BGH NJW 1966, 2008.

2) BGH NJW 1973, 1194; BGH NJW 1966, 1405, 2008; BGH NJW 1964, 1467; BGHZ 49, 84; BGH AIZ 1969, 220; BGH DB 1970, 1825; BGH WM 1970, 392; BGH WM 1968, 1148.

Anders als bei dem bloßen Alleinauftrag wird also auch der Direktabschluß mit selbst gefundenen Interessenten untersagt und es wird als Rechtsfolge des vertragswidrigen Hauptvertragsabschlusses, der im Wege dieses Direktkontaktes oder unter Zuhilfenahme eines zweiten Maklers zustande kommt, das Entstehen einer Maklergebühr vereinbart.

(Obendrein wird i.d.R. eine Gesamtprovision¹⁾ - also auch die Provision des Vertragspartners - versprochen, wobei ohne weiteres unterstellt wird, auch dieser hätte dem Makler einen Makler-(Doppel)Auftrag erteilt.)

Der Lohnanspruch knüpft damit an einen Hauptvertragsschluß an, für dessen Zustandekommen die Tätigkeit des Alleinauftragsmaklers nicht ursächlich war.

Mithin bedeutet die Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel eine Abbedingung des Kausalitätserfordernisses, wenn auch andererseits das Anspruchsmerkmal: Zustandekommen des Hauptvertrags (Erfolg) unberührt bleibt.

II. Problematisch ist, inwieweit eine derartige Abweichung vom "gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags"²⁾ zulässig ist, soweit sie lediglich formularmäßig oder unter Bezugnahme auf AGB "vereinbart" wird.

1. Gerade in diesem Bereich zeigte sich die Notwendigkeit der richterlichen Stellungnahme und Entscheidung.

Das BGB geht von einem formalen Vertragsprinzip aus: Den Vertragsparteien steht es frei, mit welchen Vertragspartnern zu welchen Bedingungen sie Verträge abschließen wollen. Vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Ver-

1) BGH NJW 1973, 1194 (1195); BGH DB aaO; BGH WM 1970, aaO; BGH AIZ aaO; BGHZ 49, aaO; BGH NJW 1966, 1405; BGH NJW 1964, aaO.
2) BGH NJW 1973, 1194.

einbarungen sind danach (nach dem BGB) bis zur Mißbrauchsgrenze des § 138 BGB zulässig. Unerheblich ist hiernach grundsätzlich, ob die abweichenden Vereinbarungen nur einer Seite Vorteile bringen, auch, ob die Vertragsbedingungen von dieser Partei einseitig aufgestellt werden und, auf welche Weise sie Vertragsinhalt werden. Somit sind nach dem Vertragsrecht des BGB auch vom Gesetzesrecht abweichende Vereinbarungen möglich, die lediglich unter Zuhilfenahme von AGB oder sonstigen vorformulierten Vertragsmustern zustande kommen. Das BGB stellt allein auf die formale Übereinstimmung der Willenserklärungen der Vertragspartner ab. Dem liegt das Idealbild eines frei ausgehandelten, die Interessen b e i d e r Seiten währenden Vertrages zugrunde. In der Praxis ergab sich jedoch das Problem der wirtschaftlichen bzw. intellektuellen Unterlegenheit einer Vertragspartei¹⁾ - des Gegners des Klauselaufstellers. AGB und Formularverträge verdrängen in der Regel den vom Gesetz erstrebten Interessenausgleich zugunsten einer Seite, was der anderen Partei dank der oft umfangreichen oder schwer verständlichen Verklauiselierungen verborgen bleibt und erst im Streitfall offenbar wird.

Die Partei, die Klauseln ausgestaltet und verwendet, nimmt die Vertragsfreiheit für sich allein in Anspruch. Die seines Vertragspartners verkürzt sich auf die Freiheit, zwischen der Unterwerfung unter die vordiktierten Bedingungen und dem Verzicht auf den Geschäftsabschluß überhaupt zu wählen, es fehlt das wesentliche Element der Vertragsfreiheit, nämlich die Gestaltungsfreiheit. Anders als bei dem im Wege der Einzelvereinbarung ausgehandelten

1) Schmidt-Salzer JA 1973, 571.

Individualvertrag besteht für eine Partei keine Möglichkeit der Einflußnahme auf den Vertragsinhalt, sei es aus Unkenntnis der Tragweite der Klauseln, sei es, daß sich der Klauselverwender auf solches nicht einläßt.

Trotz dieser mißlichen Lage sah sich der Gesetzgeber zunächst nicht zum Eingreifen veranlaßt. Später nahm er zögernd in Teilbereichen Korrekturen vor, bestimmte z.B. in Art. 9 § 2 Abs. 5 ArtikelG (= G zur Regelung der Wohnungsvermittlung), daß bei Wohnungsvermittlungen weder das Kausalitäts- noch das Erfolgserfordernis abbedungen werden können.

Erst in neuerer Zeit nahm eine vom Bundesminister der Justiz im Herbst 1972 einberufene Arbeitsgruppe eine umfassende Reform des Rechts der AGB in Angriff. Diese Kommission zur Verbesserung des Verbraucherschutzes gegenüber AGB, die sich am 7. Dezember 1972 im Bundesministerium der Justiz konstituierte, legte inzwischen (März 1974) einen Ersten Teilbericht vor, dem in einem Zweiten Teilbericht noch verfahrensrechtliche Lösungsvorschläge folgen sollen. Der Erste Teilbericht enthält den materiell-rechtlichen Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁾ und faßt im wesentlichen die von der höchstrichterlichen Judikatur im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätze zusammen.

Die Rechtsprechung konnte schlechterdings die Verwendung von AGB u.ä. nicht insgesamt untersagen, erfüllen diese doch eine legitime Aufgabe, indem sie durch die ihnen zukommende Typisierungs- und Marktordnungsfunktion die störungsfreie Abwicklung von Massengeschäften erst ermöglichen bzw. erleichtern.

1) = AGB-Gesetzentwurf - s. Anhang.

Die Judikatur entwickelte als Korrektiv die Inhaltskontrolle der AGB.

Das RG überprüfte die Wirksamkeit von AGB und Formular-klauseln zunächst nur in dem engen Rahmen des § 138 BGB¹⁾ unter dem Gesichtspunkt des Monopolmißbrauchs, zog aber auch bereits vereinzelt § 242 BGB heran²⁾.

Der BGH knüpft an RG an³⁾, legt aber an die Gültigkeit von AGB u.ä. wesentlich strengere Maßstäbe an. Er läßt nicht nur das Ausnutzen einer Monopolstellung für die Rechtsfolge: Unwirksamkeit der Klausel genügen⁴⁾, sondern hält allgemein Überraschende⁵⁾, unbillige⁶⁾, unangemessene⁷⁾ Klauseln für rechtsunwirksam.

Obiges Werturteil gewinnt der BGH auf zwei verschiedenen Wegen, die freilich oft unterschiedslos nebeneinander be-

1) RGZ 143, 24 (U.v.15.12.1933); RGZ 148, 356; RG JW 1931, S. 2719, Nr. 19 (U.v.8.7.1931); RGZ 172, 187 (189).

2) RGZ 168, 321 (329) (U.v.14.8.1941).

3) BGHZ 22, 90 (97) (U.v.29.10.1956); BGH NJW 1967, 1225 (1226) unter Bezugnahme auf RGZ aaO.

4) Vgl. BGHZ 38, 183 (185) (U.v.29.10.1962).

5) BGH NJW 1973, 1194; BGH NJW 1973, 991 (U.v.28.2.1973); BGH NJW 1972, 1227 (1228) (U.v.19.4.1972); BGHZ 54, 106 (109) (U.v.4.6.1970); BGHZ 51, 55 (59) (U.v. 11.11.1968); BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGH NJW 1965, 246 (U.v.4.11.1964); ebenso RGZ 103, 84 (86) (U.v. 26.10.1921).

6) BGH NJW 1973, 1133 (1135), 1194; BGH NJW 1965, aaO; BGHZ 54, aaO; BGHZ 51, aaO; BGHZ 38, 183 (185) (U.v.29.10.1962).

7) BGH NJW 1973, 991; BGH NJW 1972, 1227 (1228); BGH NJW 1965, aaO; BGHZ 54, aaO; BGHZ 51, aaO; BGHZ 41, 151 (U.v.17.2.1964); s.a. § 6 Abs. 1 AGB-Gesetzentwurf.

schritten werden¹⁾.

BGH übt einerseits eine verdeckte Inhaltskontrolle aus, indem er unübliche oder Überraschende - weil dem Leitbild des gewählten Vertragstyps grob widersprechende - Klauseln, mit denen der Vertragsgegner des Klauselauftellers nicht zu rechnen brauchte²⁾, von der Einbeziehung ausnimmt und gar nicht erst Vertragsbestandteil werden läßt³⁾. Geltungsgrund der AGB ist ihre Einbeziehung in den Einzelvertrag dadurch, daß sich die jeweilige Vertragspartei den Klauseln "unterwirft"⁴⁾, was der BGH bei Überraschenden Klauseln verneint.

Daneben bzw. zusätzlich versagt BGH mittels der offenen Inhaltskontrolle unangemessenen, unbilligen Klauseln die Anerkennung (wobei BGH die Einbeziehung in den Einzelvertrag unterstellt). BGH stützt sich auf § 242 BGB⁵⁾ und zieht hierbei als Beurteilungsmaßstab das Leitbild, den Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts heran⁶⁾. Von

1) BGH NJW 1973, 991, 1194, 1133; BGHZ 51, 55 (59); BGH NJW 1965, 246; demgegenüber unterscheidet der AGB-Gesetzentwurf (s.Anhang) klar zwischen Einbeziehung (§§ 2, 3) und offener, eigentlicher Inhaltskontrolle (§§ 6, 7, 8).

2) BGH NJW 1973, 1133 (1135), 1194 (1195); BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGHZ 54, 106 (110); BGHZ 52, 86 (91) (U.v.30.4.1969); BGHZ 38, 183 (U.v.29.10.1962); BGHZ 17, 1 (3) (U.v.8.3.1955); RGZ 103, 84 (86).

3) BGH NJW 1973, 1133, 1194; BGH NJW 1967, aaO; BGHZ 54, aaO; RGZ aaO.

4) BGH NJW 1973, 991; BGH NJW 1967, 1225 (1226); BGHZ 54, aaO; BGHZ 51, 55 (60); BGHZ 41, 151; BGHZ 17, 1 (3); RGZ 103, 84

5) BGH NJW 1973, 991, 1194, 1458 (1459); BGH NJW 1972, 1227 (1228); BGH NJW 1965, 246; BGHZ 51, 55; BGHZ 41, 151; BGHZ 38, 183 (186); BGHZ 22, 90 (U.v.29.10.1956).

6) BGH NJW 1973, 991, 1194, 1458 (1459); BGH NJW 1965, aaO; BGH NJW 1967, 1225 (1226).

diesem Leitbild grob abweichende Klauseln sind wegen Mißbrauchs der Vertragsfreiheit unwirksam. Nach BGH hat der Verwender von Klauseln und Formularverträgen "schon bei Abfassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen¹⁾". "Bringt er nur seine eigenen Interessen zur Geltung, so mißbraucht er die Vertragsfreiheit"²⁾.

Somit kann die neuere höchstrichterliche Judikatur dahingehend zusammengefaßt werden, "daß allgemeine Geschäftsbedingungen sowie jedenfalls umfangreiche vorformulierte Klauseln in Formularverträgen unwirksam sind, soweit in ihnen von den gesetzlichen Vertragstypen abweichende Regelungen getroffen werden, in denen die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des möglichen Geschäftspartners zum Ausdruck kommt und die daher bei Abwägung der Interessen der Billigkeit widersprechen"³⁾.

Derart abweichende Vereinbarungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der individuellen Abrede, wozu - so der BGH - grundsätzlich auch ein kurzer übersichtlicher Formularvertrag genügt.

Darüber hinaus sind im Bereich der Wohnungsvermittlung sogar derartige individuell getroffene Abreden unwirksam - § 2 Abs. 5 G zur Regelung der Wohnungsvermittlung.

2. Oben zitierte Entscheidung (BGH NJW 1973, 1194) erklärt unter ausdrücklicher Abstandnahme von BGH LM Nr. 20 zu § 652 BGB (= NJW 1966, 2008) die Verweisungs- und Hinzu-

1) BGH NJW 1973, 991, 1133; BGH NJW 1972, 1227 (1228); BGHZ 51, 55 (59); BGH NJW 1965, 246.

2) BGH NJW 1965, aaO; BGH NJW 1973, 991; BGH NJW 1972, aaO; BGHZ 51, aaO.

3) BGH NJW 1973, 1133, 1194, 1459; BGH NJW 1972, 1227; BGH NJW 1965, 246.

ziehungsklausel in AGB oder längeren unübersichtlichen Formularverträgen für unwirksam.

Damit hat sich BGH endgültig gegen die Versuche der Makler gewendet, das gesetzliche Kausalitätserfordernis lediglich klauselmäßig abzubedingen.

Demgegenüber hielt die frühere BGH-Rechtsprechung die Abbedingung der Kausalität mittels Verwendung von AGB u.ä. für unbedenklich, weil damit der "Streit darüber vermieden (werde), ob das Geschäft auf die Bemühungen des Maklers zurückzuführen ist"¹⁾.

Gerade dieses Argument trifft für die Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel nicht zu, weil dort die Provisionspflicht an einen Hauptvertragsschluß o h n e Hinzuziehung des Vermittlers geknüpft ist. Trotzdem halten noch BGH NJW 1966, 2008 (U.v.22.6.1966)²⁾ sowie BGH NJW 1966, 1405 (U.v.21.3.1966)³⁾ und BGH NJW 1964, 1467 (U.v. 22.4.1964) die Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel für wirksam, was mit der Nachgiebigkeit des § 652 BGB⁴⁾ sowie den sonst für den Makler bestehenden Beweisschwierigkeiten⁵⁾ begründet wird.

Läßt ersteres Argument den Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts außer acht (vgl.a. § 6 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetzentwurf im Anhang), so bestehen gegen eine

1) BGH NJW 1967, 1225.

2) BGH NJW 1966, 2008 befaßt sich mit der Auslegung von Nr. 8 der AGB des RDM.

3) Allerdings versagt BGH NJW 1966, 1405 (1406) dem Makler die Provision wegen Rechtsmißbrauchs, weil er untätig geblieben war.

4) BGH NJW 1966, 1405, (1406).

5) BGH NJW 1966, 2008; Makler müßte normalerweise beweisen, er hätte seinerseits einen vertragsbereiten und -fähigen Interessenten beigebracht - s.o. Zweiter Abschnitt, F.

die Beweislast beseitigende K l a u s e l erhebliche Bedenken, ist doch gerade eine derartige Klausel von erheblicher Tragweite und somit gerade hier eine individuelle Vereinbarung angebracht. "Sie (die Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel - A.d.Verf.) ersetzt seinen (des Maklers - A.d.Verf.) zweifelhaften oder sogar tatsächlich unbegründeten Anspruch auf Ersatz des Gewinnentgangs durch die sichere Forderung auf Provision aus dem ohne seine ursächliche Mitwirkung zustande gekommenen Geschäft"¹⁾. Eine ähnliche Intention zeigt § 8 Nr. 16 AGB-Gesetzentwurf, der eine lediglich formularmäßig getroffene Beweislastumkehr für unzulässig erachtet. Obendrein "kommt erschwerend hinzu"²⁾, daß der Auftraggeber nicht nur seine Provision, sondern auch die seines Vertragspartners, also die Gesamtprovision, zahlen soll.

3. Die in diesem Zusammenhang auftauchende Frage nach der "rechtlichen Einordnung"³⁾ der gemäß der Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel zu zahlenden (Gesamt-)Provision (erweitertes Provisionsversprechen, pauschalierter Schadensersatz oder Vertragsstrafe) ist wegen der Unwirksamkeit der Klausel weitgehend gegenstandslos. Dies ist wohl auch der Grund dafür, daß BGH NJW 1973, 1194 (1195) die rechtliche Qualifizierung dahingestellt sein läßt. Allerdings ist die Entscheidung dieser Frage insofern weiterhin von Bedeutung, falls die Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel in einem kurzen Übersichtlichen Formularvertrag enthalten ist. Solcherart vereinbarte Klauseln

1) BGH NJW 1973, 1194 (1195).

2) BGH NJW aaO.

3) BGH NJW 1964, 1467.

werden von der Rechtsprechung bislang für zulässig erachtet, was sich aber im Hinblick auf die AGB-Reform ändern dürfte. § 1 AGB-Gesetzentwurf (s. Anhang) bezieht nämlich auch die Formularverträge unter den Oberbegriff AGB ein, ohne einen Unterschied zwischen AGB i. e. S., kurzen oder längeren Formularverträgen zu machen. § 8 Nr. 5, 6 AGB-Gesetzentwurf halten die Vereinbarung von pauschalisiertem Schadensersatz bzw. von einer Vertragsstrafe in AGB i. w. S. und damit gem. § 1 auch in (kurzen) Formularverträgen für grundsätzlich unzulässig.

Von Bedeutung bleibt jedoch die rechtliche Klassifizierung der Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel weiterhin jedenfalls, soweit sie einzelvertraglich vereinbart wird.

Die im Rahmen der Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel geschuldete Provision kann als ein reiner Provisionsanspruch (erweitertes Provisionsversprechen), als ein pauschalierter Schadensersatz oder als Vertragsstrafe angesehen werden¹⁾. Im ersteren Fall würde dem Makler ein Lohn für seine bloße Bereitschaft zur Tätigkeit bzw. für bereits entfaltete Bemühungen versprochen²⁾. Der Vermittler braucht weder einen Verschuldens- noch einen Schadensnachweis zu führen.

Letzteres ist zwar auch bei der Beurteilung als pauschalierter Schadensersatz nicht nötig, allerdings muß in diesem Fall überhaupt die Möglichkeit eines Schadens ersichtlich sein, weil nur dann überhaupt von Schadensersatz die Rede sein kann.

Die rechtliche Einordnung als Vertragsstrafe wäre die dem Geschäftsherrn günstigste Möglichkeit, könnte die Gesamtprovision doch durch Richterspruch herabgesetzt

1) Vgl. BGH NJW 1964, 1467.

2) Vgl. BGH NJW aaO; RGZ 76, 361; RG JW 1911, S. 758, Nr. 15.

werden (§ 343 BGB).

Die Judikatur ist nicht einheitlich; teilweise wird eine Vertragsstrafe¹⁾, teilweise ein erweitertes Provisionsversprechen²⁾ angenommen, BGH NJW 1973, 1194 (1195) schließlich läßt dies ebenso offen wie auch bereits vorher das RG³⁾.

Zutreffenderweise ist von einem Provisionsversprechen auszugehen; der Vermittler läßt sich eine "Provision aus fremdem Geschäft"⁴⁾ zusagen. Dem steht auch nicht der Parteiwille des Geschäftsherrn entgegen (§§ 133, 157 BGB). Dieser ist sich bei der mittels a u s d r u c k l i c h e r Vereinbarung getroffenen diesbezüglichen Provisionsabrede über die Tragweite der versprochenen "Gesamtprovision" im klaren; er kann diese bei dem vertragswidrig ohne Beteiligung des Vermittlers zustande gekommenen Geschäftsabschluß bei der Preiskalkulation berücksichtigen, weshalb auch kein Bedürfnis besteht, dem Auftraggeber über die Annahme einer herabsetzbaren Vertragsstrafe zu helfen.

C) Widerrufsklausel

I. Der Alleinauftrag bezweckt eine Bindung des Geschäftsherrn für die Vertragsdauer. Ein vorzeitiger Widerruf erzeugt keine Rechtswirkungen, er ist - von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes gem. § 626 BGB analog abgesehen - unwirksam.

1) BGH NJW 1964, 1467.

2) BGHZ 49, 84 (87) (U.v.6.11.1967): Nur für den Fall, daß Verletzung der Klausel 4e (Veräußerung ohne Beteiligung des Maklers); davon unterscheidet Verletzung von Klausel 4d (allgemeiner Verstoß gegen Vertrag oder AGB, ohne daß Hauptvertragsabschluß nötig), nur für diesen Fall nimmt BGH (vgl. Leitsatz) Vertragsstrafe an; s.a. BGH NJW 1966, 2008.

3) RGZ aaO; RG JW aaO.

4) So BGH NJW 1973, aaO, der sich allerdings nicht entscheidet.

Die Chance des Vermittlers, doch noch einen Hauptvertrag zustande zu bringen, ist allerdings mangels Abschlußbereitschaft des Geschäftsherrn äußerst gering.

Diese Lücke soll die Widerrufsklausel schließen, die den vorzeitigen Widerruf zwar für gültig erklärt, allerdings daran die Provisionsfolge knüpft.

Damit soll der Vermittler den Maklerlohn erhalten, ohne daß er einen Hauptvertrag herbeigeführt hätte; die Widerrufsklausel bedeutet eine Abbedingung des gesetzlichen Erfolgserfordernisses: Zustandekommen des Hauptvertrags.

II. 1. Die Abbedingung des Erfolgserfordernisses stellt eine schwerwiegende Abweichung vom Leitbild des gesetzlichen Maklervertrags dar.

Das Erfolgsmoment ist das "zentrale typenbildende Merkmal"¹⁾ des Maklerrechts. Als Ausgleich für das bei dem Makler liegende Erfolgsrisiko ist seine Provision nicht leistungs-, sondern geschäftswertbezogen²⁾. "Dieses Ausgleichssystem von geschäftswertbezogenen und erfolgsabhängigen Maklerprovisionen"³⁾ wird bei der Abbedingung des Erfolgserfordernisses in Frage gestellt. Daher hat die Judikatur, die die Abbedingung des Erfolgsmoments im Prinzip für zulässig erachtet⁴⁾, die erfolgsunabhängigen Provisionsklauseln seit jeher strengen Anforderungen unterworfen.

1) Löden S. 46.

2) Vgl. RG SeuffA 45, S. 31, Nr. 13 (U.v.1.5.1889); Lopau NJW 1973, 1971 (1972).

3) Lopau aaO.

4) BGH NJW 1973, 1458 (1459); BGH NJW 1971, 93; BGH WM 1968, 1148; BGH NJW 1967, 1225; BGH NJW 1965, 246; RG LZ 1913, S. 144, Nr. 16; RGZ 172, 187 (189).

Während die frühere BGH-Rechtsprechung beispielsweise die klauselmäßige Abbedingung des Kausalitätserfordernisses für wirksam erklärte (s.o.), hielt sie solches bei dem Anspruchserfordernis: Zustandekommen des Hauptvertrags für unzulässig¹⁾. BGH wendet die oben erörterten Grundsätze der AGB-Mißbrauchskontrolle an und erklärt erfolgsunabhängige Provisionsklauseln für unwirksam, wenn sie in AGB oder längereren, unübersichtlichen Formularverträgen enthalten sind.²⁾ Dagegen ist die Abbedingung des Erfolgs im Wege der Einzelvereinbarung - und damit gleichgestellt - mittels kurzer, leicht verständlicher Formularverträge möglich³⁾.

Im Bereich der Wohnungsvermittlung ist darüber hinaus jede abweichende Vereinbarung unwirksam - § 2 Abs. 5 G zur Regelung der Wohnungsvermittlung.

2. BGH hat in den Leitsätzen zweier neuerer Entscheidungen die Unwirksamkeit der Widerrufsklausel bestätigt (BGH NJW 1967, 1225; BGH DB 1970, 1825). Während aber BGH NJW 1967, 1225 zu diesem Ergebnis über die AGB-Inhaltskontrolle kommt, stützt er sich Überraschenderweise in BGH DB 1970, 1825 statt dessen auf § 313 BGB. BGH DB 1970, 1825 (1826) sieht hierin keinen Widerspruch. Dies ist zutreffend: § 313 BGB ist (erst) dann anwendbar, wenn eine Klausel überhaupt Vertragsbestandteil geworden ist; eben dies verneint aber BGH NJW 1967, 1225 (1226),

1) Vgl. BGH NJW 1967, 1225: "... sind an eine Klausel, nach der es s o g a r (vorher bestätigte BGH Wirksamkeit der Kausalitätsklausel) auf das Zustandekommen des Geschäfts nicht ankommen soll, strengere Anforderungen zu stellen."
2) BGH NJW 1973, 1458 (1459); BGH WM 1970, 392; BGH WM 1968, 1148; BGH NJW 1967, 1225; BGH NJW 1965, 246.
3) BGH NJW 1973, aaO; BGH WM 1970, aaO.

wonach die bloße Bezugnahme auf AGB nicht für deren Einbeziehung in den Einzelvertrag genügt. Allerdings ist zu fragen, wieso BGH DB 1970, 1825 nicht seinerseits ebenso von vorneherein die (verdeckte) AGB-Inhaltskontrolle anwendet. Dies erstaunt um so mehr, als es falsch ist, § 313 BGB auch bei der Widerrufsklausel anzuwenden. Die Widerrufsklausel erzeugt im Gegensatz zu der Abschlußverpflichtungsklausel, die in derselben Entscheidung mangels Beachtung der Form des § 313 BGB für unwirksam erklärt wird, keine auch nur mittelbare Abschlußverpflichtung des Auftraggebers¹⁾.

3. BGH betrachtet die im Rahmen der Widerrufsklausel geschuldete "Reueprovision" als (herabsetzbare) Vertragsstrafe²⁾ und begründet dieses Ergebnis mit einer "vernünftigen, an Treu und Glauben ausgerichteten Betrachtungsweise"³⁾. Zwar liegt es nahe, statt dessen ein Reuegeld gem. § 359 BGB anzunehmen⁴⁾, weil dieses gerade für die Fälle des vorzeitigen Rücktritts gedacht ist. Dagegen ist aber einzuwenden, daß der Auftraggeber durch die Widerrufsklausel am Vertrag festgehalten werden soll und daß die "Reueprovision" einen diesbezüglichen Druck ausüben soll, was Zweck der Vertragsstrafe ist. Auch entspricht es - für den Makler erkennbar - nicht dem Parteiwillen des Auftraggebers, sich für den bloßen Widerruf zu einer derart weitgehenden Zahlung (Gesamtprovision) zu verpflichten. Dem würde die Annahme eines nicht herabsetzbaren Reuegeldes nicht gerecht.

1) Ebenso Bache DB 1971, 997.

2) Diese Frage bleibt jedenfalls für den Fall der einzelvertraglichen Abrede bedeutsam.

3) BGH DB 1970, 1825.

4) So Bache aaO.

D) Abschlußverpflichtungsklausel

I. Der Alleinauftrag läßt die Abschlußfreiheit des Auftraggebers unberührt¹⁾, daher ist der Alleinauftrag zumeist mit der Abschlußverpflichtungsklausel gekoppelt. Durch sie verpflichtet sich der Geschäftsherr, mit j e d e m ihm vom Vermittler zugeführten Interessenten abzuschließen. Für den Weigerungsfall verspricht der Auftraggeber die Zahlung der vollen Maklerprovision²⁾. Oder der Auftraggeber soll, ohne daß er sich ausdrücklich zum Abschluß verpflichtet hätte, provisionspflichtig werden, falls er das gewünschte Geschäft nicht mehr abschließen will³⁾. Beide Varianten beseitigen das von Gesetzes wegen aufgestellte Anspruchserfordernis: Zustandekommen des Hauptvertrags, weshalb die Grundsätze der AGB-Inhaltskontrolle (s.o.) Anwendung finden. Daneben wird in beiden Fällen ein Abschlußzwang erzeugt, was bei Grundstücksvermittlungen die Beachtung des § 313 BGB erfordert.

II. 1. Die höchstrichterliche Judikatur bevorzugte bei den Hauptanwendungsfällen der Abschlußverpflichtungsklausel, bei Grundstücksgeschäften, die Lösung über § 313 BGB⁴⁾. Soweit ausnahmsweise auf das Instrumentarium der AGB-

1) Statt aller BGH WM 1970, 1457 (Leitsatz).

2) BGH NJW 1973, 1458; BGH WM 1971, 190 (U.v.18.12.1970)
= BGH NJW 1971, 557; BGH WM 1971, 239 (U.v.25.11.1970);
BGH WM 1971, 652 (U.v.17.2.1971); BGH DB 1970, 1825;
BGH NJW 1967, 1225.

3) BGH NJW 1973, aa0; BGH NJW 1971, 93; BGH DB 1970, aa0;
BGH NJW 1967, aa0.

4) BGH NJW 1973, aa0; BGH NJW 1971, 93 (94); BGH NJW 1971, 557;
BGH WM 1971, 239, 652; BGH DB 1970, aa0; RG JW 1925, 1110
(U.v.16.1.1925); RG HRR 1929, Nr. 1204.

Inhaltskontrolle zurückgegriffen wird, beruht dies darauf, daß nach der früheren BGH-Rechtsprechung die reine Erwerbsverpflichtung des Käufers (= Auftraggeber) nicht der Form des § 313 BGB bedurfte¹⁾. In einer anderen Entscheidung sieht BGH nur deswegen von der Anwendung des § 313 BGB ab, weil die Abschlußverpflichtung mangels wirksamer Einbeziehung der AGB (verdeckte Inhaltskontrolle) gar nicht erst Vertragsbestandteil wurde²⁾. Wegen der Neufassung des § 313 BGB, wonach auch die Erwerbsverpflichtung des Käufers formbedürftig ist, wird die höchstrichterliche Judikatur auch die Abschlußverpflichtungserklärung des K ä u f e r s (= Auftraggeber) an § 313 BGB messen³⁾ und auch hier auf die AGB-Inhaltskontrolle verzichten.

Ist es zwar bedenklich, § 313 BGB v o r der Frage zu prüfen, ob die Verpflichtungsklausel überhaupt Vertragsbestandteil wurde, und wäre eine ausnahmslose und einheitliche Anwendung der AGB-Inhaltskontrolle bei a l l e n Klauseln auch wünschenswert, so bietet die Lösung über § 313 BGB dem Auftraggeber doch einen noch weiterreichenden Schutz. Es genügt nämlich nicht ein Einzelvertrag geschweige eine Klausel, um den Auftraggeber zum Abschluß des zu vermittelnden Grundstücksveräußerungsvertrags bzw. zur Provisionszahlung im Weigerungsfall zu verpflichten; vielmehr muß diese Abschlußverpflichtung notariell beurkundet werden, was entsprechende notarielle Aufklärung und Erläuterung mit einbegreift.

1) BGH NJW 1973, 1458 (1459); BGHZ 57, 394 (U.v.22.12.1971); RGZ 81, 134 (U.v.18.12.1912); RGZ 82, 299 (302) (U.v. 22.5.1913); RGZ 95, 5 (7) (U.v.25.11.1918); RGZ 101, 332 (335) (U.v.16.2.1912).

2) BGH NJW 1967, 1225; vgl.a.BGH DB 1970, 1825 (1826).

3) So auch Breloer NJW 1974, 347 (348).

Bezieht sich die Abschlußverpflichtungsklausel nicht auf Grundstücksvermittlungen, so hat es bei den Grundsätzen der (verdeckten und offenen) AGB-Inhaltskontrolle sein Bewenden. Derartige Abschlußverpflichtungsklauseln sind, soweit sie nicht schon wegen § 2 Abs. 5 G zur Regelung der Wohnungsvermittlung nichtig sind, unwirksam, wenn sie in AGB oder längeren, unübersichtlichen Formularverträgen enthalten sind¹⁾.

2. Die Abschlußverpflichtungsvereinbarung erzeugt einen mittelbaren Zwang²⁾ zum Abschluß des Hauptvertrags - weshalb bei Grundstücksvermittlungen § 313 BGB zu beachten ist - und stellt ein Druckmittel in Richtung auf den Geschäftsabschluß dar. Daher ist die für den Fall des Nichtabschlusses im Rahmen der Abschlußverpflichtungsklausel versprochene (Gesamt-)Provision im Zweifel als Vertragsstrafe zu werten. Dies ist auch die Rechtsauffassung der ständigen höchstrichterlichen Spruchpraxis. Die einschlägigen Entscheidungen betrafen durchweg Grundstücksvermittlungen und erklärten die hierbei vereinbarten Abschlußverpflichtungsklauseln für nichtig gem. §§ 343 Abs. 2, 344, 313, 125 S. 1 BGB³⁾.

Eine herabsetzbare Vertragsstrafe anzunehmen, gebietet die Interessenlage und die Auslegung der Provisionsabrede. Anders als bei der Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel (dort Annahme eines erweiterten Provisionsversprechens - s.o.) kann der Auftraggeber, der das ursprünglich beabsichtigte Geschäft nicht mehr tätigen will und allein

1) BGH NJW 1973, 1458 (1459).

2) Vgl. statt aller BGH NJW 1971, 93 (94).

3) BGH NJW 1971, 93 (94); BGH DB 1970, 1825; BGH WM 1971, 652; RG JW 1925, S. 1110; RG HRR 1929, Nr. 1204.

deswegen provisionspflichtig werden soll, die Gesamtprovision nicht auf den - nicht vorhandenen - Vertragsgegner abwälzen. Daß sich der Geschäftsherr zu solch weitgehender Leistung verpflichten will, kann auch der Makler nicht glauben wollen (§§ 133, 157 BGB).

E) Allgemeine Verletzungsklausel

I. Obendrein findet sich in Alleinaufträgen häufig die Klausel, "daß der Auftraggeber ohne Nachweis eines Schadens die Gesamtprovision zu zahlen hat, wenn er gegen den Vertrag oder die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt"¹⁾. Diese Klausel ist zwar nicht speziell auf den Alleinauftrag zugeschnitten und kann auch im Rahmen eines gewöhnlichen Maklervertrags Verwendung finden²⁾; sie wird jedoch i.d.R. im Zusammenhang mit einem Alleinauftrag gebraucht, wie die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zeigen³⁾. Die allgemeine Verletzungsklausel soll den Vermittler gegen jedwede - wenn auch noch so geringfügige - Vertragsverletzung durch den Geschäftsherrn absichern. So forderte etwa ein Makler von seinem Auftraggeber die Gesamtprovision, weil dieser es lediglich (vertragswidrig) unterlassen hatte, den Makler von einem Direktgeschäft zu verständigen, obwohl der Direktabschluß selbst erlaubt war (BGHZ 49, 84).

II. Anstelle der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzung: Zustandekommen des Hauptvertrags soll eine bloße Obliegenheitsverletzung des Auftraggebers für das Entstehen des Maklerlohnanspruchs genügen, die Klausel bedeutet also letzten Endes eine Abbedingung des

1) BGHZ 49, 84.

2) Worauf BGHZ 49, 84 (87) hinweist.

3) BGH WM 1970, 392; BGHZ 49, 84; BGH NJW 1967, 1225.

Erfolgsmoments.¹⁾

Es gelten die allgemeinen Grundsätze der AGB-Inhaltskontrolle (s.o. bei Widerrufsklausel). Danach sind derartige Sanktionsvereinbarungen nur gültig, wenn sie im Wege der Einzelabrede oder mittels eines kurzen, Übersichtlichen Formularvertrages getroffen wurden²⁾.

Allerdings unterstellt noch BGHZ 49, 84 (U.v.6.11.1967) stillschweigend die Wirksamkeit auch einer entsprechenden Klausel und prüft lediglich Auslegungsfragen. BGH aaO verwendet jedoch bereits damals das Vokabular der AGB-Inhaltskontrolle: "...läßt nach Treu und Glauben nicht die Deutung zu, daß ein verständiger Auftraggeber sich von vornherein einer solch drückenden pauschalierten Schadensersatzverpflichtung unterwerfen will". Mit dieser Begründung kommt aber BGH aaO im Gegensatz zu seiner neueren Judikatur³⁾ nicht etwa zu dem Ergebnis der Unwirksamkeit der Sanktionsklausel, sondern dazu, sie als "unter dem Schutz des Richterspruchs (§ 343 BGB) stehendes Vertragsstrafversprechen" anzusehen.

Zu derselben rechtlichen Einordnung als herabsetzbare Vertragsstrafe gelangt BGH WM 1970, 392, dies jedoch, wie gesagt, nur für die Fälle, in denen die Sanktionsvereinbarung klar und eindeutig im Wege der Einzelvereinbarung oder zumindest mittels eines kurzen, überschaubaren Formulars getroffen wurde.

Dieselbe Rechtsauffassung liegt auch dem § 4 G zur Regelung der Wohnungsvermittlung zugrunde.

F) Vorkenntnisklausel

I. Wenn auch die Vorkenntnisklausel nicht typisch für den Alleinauftrag ist, so ist ihre Erwähnung wegen ihrer häufigen Ver-

1) Statt aller BGH NJW 1967, 1225; BGH WM 1970, 392.

2) BGH WM aaO; BGH NJW aaO.

3) Statt aller BGH WM aaO.

wendung¹⁾ gerechtfertigt.

Die Vorkenntnisklausel soll dem Einwand des Auftraggebers begegnen, er habe das vom Nachweismakler nachgewiesene Objekt bereits vorher gekannt, weshalb keine ursächliche Maklertätigkeit vorliege und damit auch eine Provisionspflicht entfalle²⁾. Dies will die Vorkenntnisklausel dadurch erreichen, daß dem Geschäftsherrn die Obliegenheit auferlegt wird, seine Vorkenntnis dem Makler unverzüglich oder binnen bestimmter Frist mitzuteilen, ansonsten die Nichtkenntnis und damit eine für den Geschäftsabschluß ursächliche Nachweistätigkeit unterstellt wird. Hierzu werden verschiedene Formulierungen gebraucht, beispielsweise: "Eine vom Makler mitgeteilte Gelegenheit zum Vertragsabschluß wird, wenn nicht unverzüglich Widerspruch erfolgt, als bisher unbekannt anerkannt"³⁾ oder ... "so gilt der Nachweis des Objekts als durch uns erfolgt"⁴⁾.

Der Vermittler soll also die Provision auch dann erhalten, falls s e i n "Nachweis" nicht kausal war.

Die Vorkenntnisklausel bedeutet eine Abbedingung des Erfordernisses der Kausalität⁵⁾ und ist somit in Anwendung der richterlichen AGB-Inhaltskontrolle für unwirksam zu erachten. BGH NJW 1971, 1133 hat unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früher in BGH LM Nr. 9 zu § 652 BGB (= BGH NJW 1962, 2099) vertretenen Ansicht einer lediglich in AGB oder längeren, schwer verständlichen Formularverträgen enthaltenen Vorkenntnisklausel die Anerkennung versagt.

1) Vgl. BGH NJW 1971, 1133 (1135); s.a. RDM-Formulare Nr. 51100, 51105, 51195, 52100, 52110.

2) Vgl. oben Zweiter Teil, Dritter Abschnitt, B.

3) BGH NJW 1962, 2099 (U.v.4.6.1962).

4) BGH NJW 1971, 1133 (1135).

5) Vgl. BGH NJW 1971, 1133.

II. 1. Die strittige Frage¹⁾ nach der rechtlichen Einordnung der Vorkenntnisklausel ist daher nur noch insofern von Bedeutung, als diese in einem kurzen Formular oder in einem Individualvertrag vereinbart wird oder aber, falls man der Vorkenntnisklausel eine die Kausalität abbedingende Wirkung überhaupt absprechen will²⁾.

Denkbar sind die Auslegungsergebnisse: Fiktion der Kausalität, widerlegbare unechte Beweisvermutung, widerlegbare echte Beweisvermutung, unwiderlegbare Beweisvermutung. Die Rechtsprechung läßt die Beantwortung dieser Frage dahingestellt, neigt aber zur Annahme einer unwiderleglichen Beweisvermutung, weil sie nur in diesem Fall von einer Abbedingung des Kausalitätserfordernisses sprechen kann.

2. BGH NJW 1962, 2099 etwa billigt die (vom Berufsgesicht getroffene) Auslegung als unwiderlegliche Vermutung, ohne sich aber endgültig zu entscheiden.

Auch BGH NJW 1971, 1133 stellt lediglich die ihm vertretbar erscheinenden Auslegungsmöglichkeiten gegenüber, läßt aber nicht erkennen, welche er für richtig hält. Dazu besteht aber auch kein Anlaß, weil BGH aaO jedenfalls eine Abbedingung des Kausalitätsmoments annimmt und daher die Klausel für unwirksam erklärt.

Nach BGH NJW 1971, 1133 (1135) kann die Vorkenntnisklausel als Fiktion der Kausalität, als unwiderlegbare Beweisvermutung oder als bloßer Ausschluß des Rechts, eine etwaige Vorkenntnis geltend zu machen, angesehen werden.

1) Vgl. zum Meinungsstand BGH NJW 1971, 1133 (1135); Werner NJW 1971, 1924.

2) So z.B. Werner aaO, 1925, der eine widerlegbare Vermutung annimmt; in diesem Fall wäre die Klausel mangels grober Abweichung vom gesetzlichen Leitbild (keine Abbedingung der Kausalität) wirksam.

Ist letztere Möglichkeit unklar (Ausschlußfrist, Verzicht auf Geltendmachen einer Einrede?) und für die rechtliche Beurteilung ohne Aussagewert, so scheidet eine Fiktion schon deshalb aus, weil diese ein tatsächlich nicht vorhandenes Tatbestandsmerkmal ersetzen soll¹⁾. Die Vorkenntnisklausel soll aber gerade den Streit über das (Nicht-)Vorliegen der Kausalität vermeiden und ist auch für den Fall gedacht, daß mangels Vorkenntnis des Geschäftsherrn ein ursächlicher Nachweis des Maklers tatsächlich gegeben ist, der Geschäftsherr aber trotzdem Vorkenntnis behauptet.

Wie bereits erörtert²⁾, wird zugunsten des Maklers nach prima-facie-Beweisgrundsätzen zwar zunächst die Kausalität seiner Tätigkeit für den Hauptvertragsschluß unterstellt; jedoch muß der Makler den vollen Hauptbeweis dann führen, falls dem Auftraggeber der Gegenbeweis i.S. einer Beweiser-schütterung gelingt, wofür es genügt, daß er Tatsachen darlegt und beweist, die die bloße M ö g l i c h k e i t eines anderen Kausalverlaufs aufzeigen. M.a.W. bräuchte der Auftraggeber z.B. nur zu behaupten, er habe das Objekt bereits aus einer Anzeige in einer von ihm abonnierten Zeitung gekannt und bräuchte dabei nur die Tatsache des Zeitungsbezugs (voll) zu beweisen sowie, daß das Objekt inseriert war.

Diese Beweislage soll die Vorkenntnisklausel jedenfalls zugunsten des Vermittlers verbessern. Daher ist eine Auslegung i.S. einer widerlegbaren u n e c h t e n Beweis-

1) Ebenso Werner aaO; Kubisch NJW 1969, 53; s.a. Baumbach-Lauterbach § 292 A.1 B.

2) S.o. Zweiter Teil, Dritter Abschnitt, E; vgl. statt aller BGH NJW 1971, 1133; RG HRR 1937, Nr. 798.

vermutung verfehlt, weil dieses Ergebnis bereits aus den allgemeinen - von der Rechtsprechung entwickelten - prima-facie-Beweisgrundsätzen folgen würde.

Dies spricht auch BGH NJW 1971, 1133 (1135) an, der jedoch die Möglichkeit einer widerlegbaren e c h t e n Beweisvermutung außer acht läßt.

Eine solche nehmen z.B. Werner¹⁾ (Besprechung obiger BGH-Entscheidung) und Knieper²⁾ an. Hier zeigt sich auch Kniepers Irrtum, der glaubt, die Rechtsprechung nehme zugunsten des Maklers eine e c h t e Vermutung der Ursächlichkeit an³⁾ und der daher auch folgert, daß die Vorkenntnisklausel (nach Knieper widerlegbare echte Beweisvermutung) nichts an dieser Rechtslage ändere. Dieser Irrtum setzt sich dann - unter umgekehrten Vorzeichen - in BGH NJW 1971, 1133 (1135) fort, wenn der BGH Kniepers (falsche) Folgerung aufgreift und als Argument gegen eine Auslegung i.S. einer widerlegbaren Vermutung verwendet. BGH übersieht, daß die Vorkenntnisklausel auch als widerlegbare e c h t e Beweisvermutung betrachtet werden kann. Eine solcherart ausgelegte Vorkenntnisklausel würde den normalen Rechtszustand zugunsten des Maklers insofern verändern, als der Auftraggeber nicht lediglich einen Gegenbeweis i.S. einer Beweiserschütterung, sondern vielmehr einen Hauptbeweis führen müßte, d.h. den vollen Beweis des Gegenteils

1) NJW 1971, 1225.

2) NJW 1970, 1297; ebenso Siegers NJW 1968, 2011 (2012); Kubisch NJW 1969, 53 (54).

3) Knieper NJW 1970, 1296; eine echte Vermutung würde nicht eine bloße Beweiserschütterung, sondern den Hauptbeweis: "Beweis des Gegenteils" (vgl. § 292 ZPO) verlangen.

zu erbringen hätte¹⁾. Die Vorkenntnisklausel würde damit eine dem § 292 ZPO nachgebildete Beweislastvereinbarung darstellen und obendrein die Beweislast umkehren²⁾. Der Geschäftsherr mußte seine Vorkenntnis voll beweisen, z.B., daß er tatsächlich das Zeitungsinserat gelesen habe.

Darüber hinaus ist die Auslegung als unwiderlegbare Beweisvermutung denkbar, die nicht nur eine Beweislastumkehr, sondern eine Abbedingung des Kausalitätserfordernisses überhaupt bedeutet.

Dieser Auslegung neigt BGH zu. Bedenken gegen eine in diesem Sinn ausgelegte Vorkenntnisklausel ergeben sich jedoch nicht aus § 292 ZPO³⁾ - § 292 ZPO betrifft Beweisfragen⁴⁾, die bei einer Auslegung der Vorkenntnisklausel i.S. einer unwiderleglichen Vermutung nicht mehr auftauchen -, sondern aus § 242 BGB im Hinblick auf die AGB-Mißbrauchskontrolle.

Die Auslegung der Vorkenntnisklausel i.S. einer unwiderlegbaren Beweisvermutung ist als zutreffend anzusehen. Hierfür spricht der Wortlaut: "... so gilt der Nachweis des Objekts als durch uns erfolgt"⁵⁾, "... wird als bisher unbekannt

1) Vgl. a. Werner aaO, 1924.

2) Gesetzliche Vermutungen i.S.d. § 292 ZPO führen zwar grs. nur zur Beweiserleichterung - vgl. Baumbach-Lauterbach § 292 A.2B, Zöller § 292 A.2 -, die allerdings im Ergebnis eine Beweislastumkehr deshalb bedeutet, weil die (Haupt-)Beweislast (Beweis des Gegenteils) bei der an sich nicht beweisbelasteten Partei liegt. Dies gilt erst recht hinsichtlich einer dem § 292 ZPO nachgebildeten Klausel. Ähnlich die BGH-Rechtsprechung zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in der der BGH eine echte Vermutung annimmt und eine Beweislastumkehr herbeiführt; s.o. Zweiter Teil, Dritter Abschnitt, E.

3) Wie Knieper aaO, 1297 glaubt.

4) Auch nach BGH NJW 1962, 2099 und Werner aaO, 1925 ist § 292 ZPO nicht einschlägig.

5) BGH NJW 1971, 1133 (1135).

anerkannt"¹⁾, woraus für den Auftraggeber erkennbar (§§ 133, 157 BGB) seine spätere Berufung auf die Vorkenntnis ausgeschlossen sein soll.

Die Vorkenntnisklausel soll nicht nur das arglistige Berufen auf eine (nicht vorhandene) Vorkenntnis²⁾, sondern einen Rechtsstreit überhaupt vermeiden.

Unerheblich ist das Gegenargument³⁾, in den Vorkenntnisklauseln sei ausschließlich von (Vor-)Kenntnis, nicht aber von Kausalität die Rede, ergibt sich doch aus der Tatsache der Vorkenntnis zwangsläufig die Rechtsfolge: fehlende Ursächlichkeit. Auch ist die (individuell getroffene) Vereinbarung einer solchen unwiderleglichen Beweisvermutung wegen der Vertragsfreiheit möglich, mag auch das BGB grundsätzlich keine "unwiderleglichen Rechtsvermutungen"⁴⁾ kennen.

Gelingt es dem Makler also, die Vorkenntnisklausel einzelvertraglich zu vereinbaren, so bedeutet dies eine wirksame Abbedingung des Kausalitätserfordernisses: Der Maklerlohnanspruch entsteht auch dann, falls der "Nachweis" des Maklers für den Geschäftsabschluß deswegen nicht ursächlich werden konnte, weil der Auftraggeber die Geschäftsgelegenheit bereits kannte.

Fraglich ist im Hinblick auf § 8 Nr. 16, Nr. 18a i.V.m. § 1 AGB-Gesetzentwurf, ob BGH auch die in kurzen, Übersichtlichen Formularverträgen enthaltene Vorkenntnisklausel weiterhin für zulässig erachten wird.

1) BGH NJW 1962, 2099.

2) Daher Werner NJW 1971, 1925 zu eng.

3) Werner aaO.

4) Werner aaO.

Vierter Abschnitt: Ergebnis

- A) Ausgehend von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags überprüfte die höchstrichterliche Judikatur die vom Gesetzesrecht abweichenden (Makler-) Vertragsgestaltungen daraufhin, ob der Normzweck, der Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts genügend beachtet waren.

Die Rechtsprechung bestimmte Wesen und Inhalt des Alleinauftrags näher, der am häufigsten verwendeten Form des atypischen Maklervertrags. Hierbei zeigt sich die Tendenz der neueren Rechtsprechung, der Entschließungsfreiheit des Auftraggebers - einem wesentlichen Merkmal des Maklervertrags - wieder mehr Geltung zu verschaffen.

Es galt ferner, die Zulässigkeit der sonstigen im Maklerrecht gebräuchlichen Klauseln zu untersuchen. Gerade die zunehmende Verwendung von einseitig aufgestellten formularmäßigen Verträgen erforderte eine Reaktion durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Im Maklerrecht - wie auch in sonstigen Wirtschaftsbereichen - bürgerte sich die Praxis ein, den jeweiligen Maklervertrag zugunsten des Vermittlers abweichend von der gesetzlichen Regelung auszugestalten - und dies lediglich durch Bezugnahme auf AGB oder unter Zuhilfenahme von vorformulierten Vertragsmustern. Wegen der zumeist gegebenen wirtschaftlichen und intellektuellen Unterlegenheit des Auftraggebers war dessen Vertragsfreiheit gefährdet, die auch die Gestaltungsfreiheit umfaßt und damit die beiderseitige Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertragsinhalt voraussetzt. Während diese zwar auch bei dem individuell ausgehandelten Vertrag im Einzelfall fehlen kann, weil sich etwa eine Partei in der besseren Verhandlungsposition befindet, so ist der gerechte Interessenausgleich bei vorformulierten AGB und sonstigen Klauseln t y p i s c h e r -

w e i s e in Frage gestellt¹⁾.

Das von einem formalen Vertragsprinzip ausgehende Vertragsrecht des BGB bot keine Lösung an, es entstand eine nachträgliche Regelungslücke i.S. einer planwidrigen Unvollständigkeit.

Die höchstrichterliche Judikatur entwickelte im Wege der Rechtsfortbildung proeter legem die Grundsätze der verschärften AGB-Inhaltskontrolle. Trug das RG noch Bedenken, sich allzuweit von der gesetzlichen Intention zu entfernen, die lediglich § 138 BGB als Mittel der Mißbrauchskontrolle vorsah, so legt der BGH der AGB-Inhaltskontrolle zusätzlich § 242 BGB zugrunde. Stützte sich die frühere BGH-Rechtsprechung in diesem Rahmen nur allgemein auf Treu und Glauben²⁾, so verwendet die neuere BGH-Judikatur das tauglichere Kriterium des gesetzlichen Leitbilds des dispositiven Rechts³⁾.

- B) Von diesem Maßstab abweichende Vereinbarungen sind unwirksam, soweit sie mittels AGB oder in längeren, unübersichtlichen Formularverträgen getroffen werden. Unbedenklich hingegen sind individuell ausgehandelte Einzelvereinbarungen⁴⁾.
Fraglich ist die Rechtslage bei kurzen, überschaubaren Formularverträgen.

I. 1. Die Judikatur neigt dazu, derartige Klauseln von der AGB-Inhaltskontrolle auszunehmen, trägt aber letztlich doch

1) Ebenso Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz zur Reform des Rechts der AGB (= TB), S. 35.

2) Vgl. statt aller BGHZ 41, 151 (154); BGHZ 51, 55 (57).

3) Vgl. statt aller BGH NJW 1973, 1194.

4) BGH NJW 1973, 991, 1458 (1459), 1194; BGH NJW 1971, 1133 (1135); im Bereich der Wohnungsvermittlung ist darüber hinaus im Rahmen des § 2 G zur Regelung der Wohnungsvermittlung jede abweichende Vereinbarung unwirksam (vgl. § 2 Abs. 5).

Bedenken, diese Frage allgemein und endgültig zu entscheiden, wie die von ihr häufig gebrauchte Wendung ver-
rät: "... hat der erkennende Senat die bisherige Recht-
sprechung dahin zusammengefaßt, daß allgemeine Geschäfts-
bedingungen sowie j e d e n f a l l s umfangreiche,
vorformulierte Klauseln in Formularverträgen unwirksam
sind ..." ¹⁾.

2. Die Vorsicht des BGH ist nicht unbegründet, besteht doch
kein einleuchtender Grund, derartige Kurzformularverträge
von der AGB-Mißbrauchskontrolle auszuklammern. "Die rechts-
technische Einkleidung" ²⁾, die nur formale Ausgestaltung
rechtfertigt keine Andersbehandlung ³⁾. Entscheidend ist der
sachliche Inhalt der jeweiligen Klauseln, ob nämlich dieser
dem anderen Vertragsteil verständlich ist u n d insbe-
sondere, ob die Möglichkeit zur beiderseitigen Einfluß-
nahme auf den Vertragsinhalt besteht ⁴⁾. Erst dann nämlich
läßt sich von Vertragsfreiheit reden, zu der auch die Ge-
staltungsfreiheit gehört ⁵⁾. Letztere ist auch bei kurzen
Formularverträgen nicht gewährleistet, die ebenfalls vor-
diktiert sind und dem Auftraggeber auch nicht mehr Ein-
wirkungsmöglichkeiten eröffnen als AGB oder lange, unüber-
sichtliche Formularverträge. Auf die Möglichkeit der Ein-
flußnahme kommt es für die Vertragsfreiheit entscheidend

1) BGH NJW 1973, 991, 1458, 1194; BGH NJW 1971, 1133;
allerdings hält BGH WM 1970, 392 (394) Kurzformulare
vorbehaltlos für wirksam.

2) Becker NJW 1973, 1913.

3) Ebenso für Gleichbehandlung: § 1 AGB-Gesetzentwurf, vgl.a.
Einzelbegründung zu § 1 in TB, S. 39; Lopau NJW 1973, 1971;
Däubler, JuS 1971, 398 (400); Emmerich JuS 1972, 361 (362).

4) Ebenso Lopau aaO; Breloer NJW 1974, 347; TB, S. 40.

5) Ebenso BGH NJW 1965, 246 (U.v.4.11.1964): "... nimmt die
Vertragsfreiheit, soweit sie die G e s t a l t u n g
des Vertragsinhalts betrifft ...".

an, nicht hingegen so sehr auf die - bei Kurzformularen gegebene - Überschaubarkeit der rechtlichen Tragweite der Klausel, die freilich Voraussetzung für ersteres ist. Erst wenn b e i d e Teile die Chance haben, ihre Vorstellungen in den geeigneten Vertragsinhalt umzusetzen, ist eine die Grenzen der Vertragsfreiheit wahrende Individualvereinbarung anzunehmen. Daher k ö n n e n auch AGB oder Formularklauseln im Einzelfall doch derart individuell ausgehandelt worden sein, daß sie auf die "Ebene einer Einzelabrede"¹⁾ angehoben werden.

II. Von diesen Vorstellungen läßt sich auch der AGB-Gesetzentwurf leiten, der insoweit über die höchstrichterliche Rechtsprechung hinausgeht. Zwar übernimmt der AGB-Gesetzentwurf weitgehend die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der AGB-Inhaltskontrolle (verdeckte Inhaltskontrolle §§ 2, 3; offene Inhaltskontrolle §§ 6, 7, 8 - s. Anhang), unterstellt aber in § 1 per definitionem a l l e Klauseln dem Oberbegriff der AGB, also auch, soweit diese in kurzen oder langen Formularverträgen enthalten sind.

In der Einzelbegründung zu § 1 des AGB-Gesetzentwurfs wird darauf hingewiesen, daß "es nicht darauf ankommen (kann) ob der Vertrag viele oder nur einzelne - dafür aber unter Umständen für den Verbraucher um so härtere - das Gesetz ändernde oder ergänzende Klauseln enthält"²⁾.

Ungenügend ist auch die bloße Erläuterung oder Erörterung einer bestimmten Klausel; entscheidend ist, "ob eine bestimmte Vereinbarung im Einzelfall zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist", was Tatfrage ist³⁾.

1) So OLG Düsseldorf WM 1972, 812; hierauf weist auch TB, S. 40 ausdrücklich hin; s.a. Becker aaO, 1915: "qualitativer Umschlag".

2) TB, S. 39.

3) Vgl. zum ganzen TB, S. 40.

Wird dies verneint - was bei AGB typischerweise der Fall ist -, so sind aber die verwendeten AGB damit natürlich noch nicht ohne weiteres unwirksam, unterliegen vielmehr jetzt der AGB-Inhaltskontrolle. Der AGB-Gesetzesentwurf fordert also die Möglichkeit der Einflußnahme auf den Vertragsinhalt und betrachtet die bloße Überschaubarkeit der rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen als unzureichend.

Der BGH hingegen stellt lediglich auf letzteres Kriterium ab, wenn er kurze, übersichtliche Formularverträge grundsätzlich für zulässig erachtet¹⁾ oder eine Erläuterung der Klauseln genügen lassen will²⁾. Dies überrascht insofern, als der BGH die Zulässigkeit einzelvertraglicher, vom Gesetz abweichender Vereinbarungen damit begründet, daß bei diesen "regelmäßig beide Vertragsteile in der Lage (sind), auf den Vertragsinhalt Einfluß zu nehmen"³⁾ und somit ausdrücklich die Gestaltungsfreiheit in die Vertragsfreiheit mit einbezieht⁴⁾.

Allerdings sei nicht übersehen, daß die von BGH aufgestellte Forderung nach Kurzfassung und Erläuterung von Formulklauseln ein wesentlicher Fortschritt in Richtung eines umfassenden Verbraucherschutzes bedeutete. So stellte sich etwa die Praxis auf diese Rechtsprechung durch Verwendung entsprechend kurz und übersichtlich gehaltener Formularverträge ein⁵⁾. Der "Verbraucher" (d.h. im Maklerrecht der Auftraggeber), der sich über die recht-

1) BGH NJW 1973, 1458; BGH NJW 1972, 1227; BGHZ 54, 106 (109); BGHZ 51, 55 (59).

2) BGH WM 1970, 392; offen in BGH NJW 1967, 1225 (1226).

3) BGH WM 1968, 1148 (U.v.24.6.1968); BGH NJW 1965, 246.

4) BGH NJW 1965, aaO.

5) Vgl. z.B. RDM-Formulare; damit brüstet sich auch AIZ 1972, 394.

lichen und wirtschaftlichen Folgen eines Vertrages im klaren ist, kann auf den Vertragsschluß zumindest verzichten und sich so vor Schaden bewahren.

Da damit aber noch nicht die Gestaltungsfreiheit gewährleistet ist, ist dem diesbezüglich weitergehenden AGB-Gesetzentwurf zuzustimmen. Der denkbare Einwand, daß dann der Vertragsgegner des Klauselaufstellers risikolos gestellt werde und bestehende Verhandlungs- und Marktvorteile dirigistisch beseitigt würden, überzeugt nicht.

Der AGB-Gesetzentwurf will nicht die dank wirtschaftlicher oder intellektueller Überlegenheit des e i n e n Vertragsteils diesem zukommende günstigere Ausgangsposition egalalisieren, sondern nur den daraus möglicherweise entstehenden Mißbrauch verhüten.

SCHLUSSBETRACHTUNG

A) Bedeutungswandel im Maklerrecht ?

I. Die mangelhafte Gesetzeskonzeption des bürgerlichen Maklerrechts bedingte notwendigerweise eine umfangreiche richterliche Rechtsfortbildung - das Maklerrecht ist weitgehend Richterrecht. Es galt, Inhalt, Eigenart und Rechtsnatur des reinen Maklervertrags sowie die einzelnen Anspruchselemente der Maklerprovision genauer zu bestimmen und damit auch zugleich - mit dem so gewonnenen Leitbild des gesetzlichen Maklervertrags, seinem rechtlichen Strukturtypus - einen Beurteilungsmaßstab für vom Gesetzesrecht abweichende atypische Maklerverträge zu schaffen.

Die Weiterentwicklung des Maklerrechts stellt sich insgesamt als Rechtsfortbildung entsprechend der gesetzlichen Regelung dar. Die höchstrichterliche Spruchpraxis hat weder eine Umbildung¹⁾ des Maklerrechts bewirkt noch zur Ausbildung eines neuen Rechtsinstituts²⁾ geführt.

II. Es stellt sich die Frage, ob die Fortentwicklung des Maklerrechts nicht etwa nur aus der Unvollständigkeit der Kodifikation, sondern vielmehr auch aus einem Bedeutungswandel³⁾ im Maklerrecht selbst erklärbar ist, den die Rechtsprechung dann nur nicht genügend erkannt hätte. Sind die § 652 ff BGB bzw. das ihnen von der höchstrichterlichen Judikatur zugrunde gelegte gesetzliche Leitbild durch die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung überholt, so daß

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 303.

2) Larenz aaO.

3) Larenz, S. 261.

sich von einem "Überfordertsein durch das moderne Wirtschaftsleben"¹⁾ sprechen läßt? Strebt m.a.W. der Maklervertrag einem neuen Leitbild zu?

1. Dafür könnte die häufige Verwendung der von dem gesetzlichen Maklerrecht abweichenden Vertragsgestaltungen sprechen²⁾ - wobei insbesondere der Alleinauftrag zu nennen ist³⁾. Zunächst sind für die Betrachtung die (häufigen) Fälle auszuscheiden, in denen eine Vertragspartei den gesetzlichen Interessenausgleich mißbrüchlich zu ihren Gunsten verschiebt, weil sich hieraus kein Vorwurf gegen die Richtigkeit der Gesetzeskonzeption ableiten läßt⁴⁾ und auch kein Beurteilungswandel des Typs Maklervertrag zu folgern ist. Es bleiben aber jene atypischen Maklerverträge, in denen die Abweichung vom Gesetz den berechtigten Bedürfnissen der Parteien Rechnung trägt. So etwa, wenn dem Auftraggeber an besonders intensiver Tätigkeit des Maklers gelegen ist (z.B. dringend benötigter Kredit), der Makler andererseits bereits für diese (zeitraubenden) Bemühungen auch bei Ausbleiben des Erfolgs eine Vergütung erhalten will.

Doch auch aus dieser legitimen von den §§ 652 ff BGB abweichenden Vertragspraxis folgt keine Veränderung des rechtlichen Strukturtyps Maklervertrag, wie er den §§ 652 ff BGB zugrunde liegt.

Die individuelle - dem Einzelfall angepaßte - Vertragsgestaltung ist geradezu der auch vom Gesetzgeber angenommene Regelfall, weshalb die §§ 652 ff BGB auch als dispositives

1) Knieper NJW 1970, 1293, der allerdings diesen Vorwurf für unbegründet hält.
2) So etwa andeutungsweise Esser SchR II, § 83 II, S. 195; Staudinger Vorb.v. § 652 Rz 2.
3) Mormann WM 1968, 960 und WM 1971, 1075; Knieper NJW 1970, 1297.
4) Knieper NJW 1970, 1295.

Recht konzipiert sind.

Daß der "Maklervertrag ... erfahrungsgemäß in den verschiedensten Gestalten und mit dem abweichendsten Inhalt vorkommt"¹⁾, war eine bereits dem Gesetzgeber bekannte Erfahrungstatsache. Die tatsächlichen Verhältnisse - die "Normsituation"²⁾ - haben sich also seit der Kodifikation nicht verändert³⁾. Der Gesetzgeber wollte die Vielfalt der Maklerverträge gerade nicht einschränken, weshalb er Bedenken trug, eine allgemeine Auslegungsregel zu geben⁴⁾.

Gerade eine solche wäre aber andererseits wieder wegen der verschiedenen Spielarten des Maklervertrags erwünscht gewesen.

Denn Zweck und Aufgabe⁵⁾ einer gesetzlichen Regelung ist es, dem Rechtsverkehr das "Muster"⁶⁾, die "reine Form"⁷⁾ eines bestimmten Vertragstyps zur Verfügung zu stellen, von dem ausgehend die Vertragsparteien ihren Vertrag der Interessenlage des Einzelfalls entsprechend ausformen sollen.

Die vertragliche Ausgestaltung der - mit gutem Grunde dispositiven - gesetzlichen Regelung ist der Normalfall⁸⁾, dem-

1) Mot II, 511.

2) Larenz, S. 262.

3) Die zunehmende Verwendung von AGB ist hierbei ohne Bedeutung, weil die Form der rechtstechnischen Einkleidung (AGB oder Einzelvertrag) über den Inhalt (Abweichung vom Gesetz) nichts aussagt.

4) Mot II, 511.

5) Vgl. Esser SchR I, § 2 I, S.6; Larenz SchR I, § 1, S.2.

6) Esser aaO.

7) Esser, § 15 I, S. 100.

8) Esser SchR I, § 2 I, S.6 und § 15 I, S.100.

gegenüber das Vorkommen der jeweiligen Vertragsart in der reinen Form die Ausnahme bildet.

Dies bestätigt auch ein Blick auf die in der Alltagspraxis wichtigsten Verträge: Miet-, Werk-, Arbeits- und Kaufvertrag (z.B. Mustermietvertrag, AGB der Gebrauchtwagenhändler). Hierbei ist es auch nicht verwunderlich, daß sich eine bestimmte Vertragsformung besonderer Beliebtheit erfreut und daher auch am häufigsten verwendet wird. Ein solcher "Häufigkeitstypus"¹⁾ ergibt sich zwangsläufig aus einer immer wiederkehrenden Fallkonstellation, bei der die im "Häufigkeitstypus" getroffene Regelung von den Parteien als zweckmäßig und interessengerecht empfunden wird. Statt den rechtlichen Strukturtypus zu verdrängen, leitet sich aber der Häufigkeitstypus im Gegenteil von diesem ab²⁾, nimmt ihn zum Leitbild. M.a.W., es setzt sich der im Gesetz getroffene Interessenausgleich in modifizierter Weise im Häufigkeitstypus fort³⁾. So entspricht etwa bei dem Häufigkeitstypus Alleinauftrag der Tätigkeitspflicht des Maklers eine Unterlassungspflicht des Auftraggebers (nämlich Verbot der Beauftragung eines weiteren Maklers) sowie ein Widerrufsverzicht für bestimmte Zeit.

Der gesetzliche Grundtyp dient als Orientierungspunkt für die Abfassung von Verträgen wie auch - im Konfliktfall - als Maßstab für die rechtliche Beurteilung von vom Gesetzesrecht abweichenden Verträgen⁴⁾.

1) Löden, S. 4; Larenz, Methodenlehre S. 334.

2) Larenz aaO.

3) Wobei, wie gesagt, die Fälle des Eigennutzes für die Betrachtung ausgeschieden wurden.

4) Larenz SchR I, § 1, S. 2; Löden, S. 269.

Anstatt den hinter der gesetzlichen Regelung stehenden rechtlichen Strukturtypus zu verändern, werden davon abweichende Vereinbarungen vielmehr umgekehrt an ihm gemessen.

2. Das Maklerrecht hat keinen Bedeutungswandel erfahren, der Maklervertrag strebt keinem neuen Leitbild zu. Dies folgt auch zwangsläufig daraus, daß sich Funktion und Wesen des Maklervertrags selbst nicht verändert haben. Die typenbildenden Elemente des Maklervertrags ergeben sich aus der volkswirtschaftlichen Vermittlerfunktion des Maklers. Der Makler hilft, Vertragsbeziehungen herzustellen, er vermittelt zwischen Angebot und Nachfrage. Die Tätigkeit des Maklers ist nur dann für den Auftraggeber (wie auch für die Volkswirtschaft) wertvoll, wenn sie zum Erfolg, d.h. zum Abschluß des beabsichtigten Umsatzgeschäfts führt - daher die Erfolgsbezogenheit.

Der Makler soll einen baldmöglichen Hauptvertragsschluß bewirken, nicht aber behindern. Der Vermittler muß sich daher ein Direktgeschäft (des Auftraggebers) oder die Einschaltung eines zweiten Maklers gefallen lassen. Entspricht letzteres dem System der Marktwirtschaft¹⁾, so gebietet es das Prinzip der Vertragsfreiheit, den Auftraggeber nicht zum Abschluß des vom Makler vermittelten Vertrages zu zwingen.

Gerade deswegen wäre es andererseits unbillig, den Makler zu einer möglicherweise erfolglosen Tätigkeit verpflichten zu wollen

Von dieser Grundkonzeption des reinen Maklervertrags gingen

1) Knieper NJW 1970, 1295.

bereits das römische Recht wie auch später das sächsische Recht aus, wonach der Makler zwar nicht zur Vermittlung verpflichtet war, andererseits aber die Provision nur bei erfolgreicher Tätigkeit erhielt¹⁾.

Auch der moderne Gesetzgeber ließ sich bei Abfassung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung von diesem Bild des reinen Maklervertrags leiten (vgl. insbes. § 2 Abs. 1, Abs. 5).

B) Reformvorschläge

I. Wegen der den § 652 ff BGB solcherart nach wie vor zukommenden Ordnungs- und Leitbildfunktion erübrigt sich die Frage nach der ersatzlosen Streichung bzw. der völligen Neufassung dieser Vorschriften.

Fraglich kann nur sein, ob die im Wege der Rechtsfortbildung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gesetzlich zu verankern sind²⁾.

Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, weil die richterliche Rechtsfortbildung allein noch nicht Rechtsklarheit und Rechtssicherheit herbeizuführen vermag, wie der rechtstatsächliche Umstand zeigt, daß die Gerichte bis in die jüngste Zeit über Gebühr mit maklerrechtlichen Streitigkeiten befaßt sind.

Die Makler verstanden es, sich jeweils auf die neusten höchstrichterlichen Entscheidungen einzustellen³⁾, was wiederum in stetem Wechselspiel neue Rechtsstreitigkeiten auslöste, weshalb

1) Vgl. oben Einleitung, B.

2) So etwa Staudinger Vorb.v. § 652 Randziffer 2; aA Knieper NJW 1970, 1293, der die §§ 652 ff BGB in Verbindung mit dem allgemeinen und besonderem Vertragsrecht des BGB für ausreichend hält.

3) Vgl. AIZ 1972, 395; Löwe ZRP 1971, 221 (224); TB, S. 15, 18.

sich in diesem Zusammenhang von einem Hydra-Effekt sprechen läßt. Die begrenzte Wirkung der richterlichen Rechtsfortbildung ergibt sich aus der Zufälligkeit des vor die Gerichte getragenen Rechtsstoffes¹⁾ sowie aus der Rechtskraftwirkung. Diese besteht grundsätzlich nur inter partes und bezieht sich nur auf den Entscheidungstenor, während die Entscheidungsgründe - die die eigentlichen Maklerfragen behandeln - grundsätzlich nicht in Rechtskraft erwachsen. Auch binden höchstrichterliche Entscheidungen nicht die Untergerichte, weshalb deren Spruchpraxis divergieren kann, dies um so mehr, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung selbst weder einheitlich noch überschaubar ist. Zudem scheuen die meist geschäftswandten Auftraggeber das Prozeßrisiko²⁾.

Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und das zunehmend erkannte Gebot eines umfassenden Verbraucherschutzes³⁾ legen eine gesetzliche Fixierung des durch die Gerichte weiterentwickelten Maklerrechts nahe.

So wurden denn auch mit Art. 9 des ArtikelG das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung geschaffen, um "den Mieter vor unerträglichen Folgen der derzeitigen Marktsituation und den durch sie ermöglichten Auswüchsen zu sichern"⁴⁾.

Gerade hier zeigten sich die größten Mißstände, weshalb hier ein Eingreifen des Gesetzgebers auch zwingend geboten war⁵⁾.

1) S.a. Fischer JA 1973, 573.

2) Vgl.a.Löwe aaO.

3) Beispielsweise wurde beim Bundesminister für Wirtschaft ein Verbraucherbeirat gebildet; s.a. TB, S. 21: "... dem Bedürfnis nach einem umfassenden Verbraucherschutz...".

4) Regierungsentwurf - BT Drucksache VI/1549.

5) Flankierend hierzu wurden in ca. 140 Städten und Gemeinden kommunale Wohnungsvermittlungsstellen errichtet, gegen deren Wirtschaftlichkeit und rechtliche Zulässigkeit (vgl. z.B. Art. 89 Bayerische Gemeindeordnung, Art.2,3,12 GG) allerdings Bedenken bestehen.

Daneben wurde auch - die u.a. von der Rechtsprechung initiierte - Reform des Rechts der AGB in Angriff genommen. Das Bundesministerium der Justiz setzte eine Reformkommission ein, die in einem Ersten Teilbericht materiell-rechtliche Lösungsvorschläge unterbreitete, denen in einem Zweiten Teilbericht solche verfahrensrechtlicher Art folgen sollen. Beabsichtigt ist, "noch in der Legislaturperiode des 7. Deutschen Bundestags erste gesetzliche Maßnahmen für den Verbraucherschutz im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwirklichen"¹⁾. Vor allem auch im Maklerrecht führte die häufige Verwendung von AGB i.w.S. (vgl. § 1 AGB-Gesetzentwurf) zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Auftraggebers.

Zusätzlich versuchte der Gesetzgeber mit gewerberechtlichen und strafrechtlichen Neuregelungen (§§ 34c nF GewO, 302f, 302e StGB, 2c WiStG) den Mißbräuchen auf dem Maklersektor entgegenzuwirken. Gerade die Einfügung des § 34c nF GewO, der die wichtigsten Sparten²⁾ gewerbsmäßiger Vermittlung (vgl. § 34c Abs. 1) unter Erlaubnisvorbehalt stellt, bietet Schutz vor unzuverlässigen Personen, die sich im Beruf des Maklers versuchen wollen (Erlaubnis wird bei Unzuverlässigkeit oder bei Vorliegen von ungeordneten Vermögensverhältnissen versagt - vgl. § 34c Abs. 2 GewO). Obendrein bietet die sogenannte "Maklerverordnung", d.h. die Verordnung zur Durchführung des § 34c der GewO vom 20.6.1974 (BGBl I, S. 1314, in Kraft getreten am 1.9.1974) die Gewähr, daß die vom Auftraggeber dem Makler Überlassenen Vermögenswerte abgesichert sind und zweckentsprechend verwendet werden.

1) TB, S. 22.

2) § 34c nF GewO wird daher auch als "Maklergesetz" bezeichnet - vgl. statt aller Locher NJW 1975, 98.

II. Eine gesetzliche Festlegung der von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung zu dem reinen Maklervertrag getroffenen Aussagen ist angesichts dieser bisherigen gesetzgeberischen Initiativen weder geboten noch ist hierzu ein zwingendes Bedürfnis ersichtlich. Die krassen Mißstände auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung sind beseitigt, im Übrigen ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zum reinen Maklervertrag weitgehend gefestigt.

III. Es bleibt jedoch die Frage, ob eine Gesetzesergänzung der §§ 652 ff BGB insoweit angebracht ist, als die vom Gesetzesrecht abweichenden Vertragsgestaltungen, die atypischen Maklerverträge, in Rede stehen.

1. Zunächst käme in Betracht, eine bestimmte Vertragsausgestaltung, nämlich den Alleinauftrag als "Häufigkeitstypus" gesetzlich zu fixieren¹⁾.

Hierzu besteht jedoch kein Anlaß. Weder ist die (inhaltliche) Bedeutung des Alleinauftrags noch länger ernstlich zweifelhaft - ein Verdienst der BGH-Rechtsprechung -, noch kommt dem Alleinauftrag mangels seiner Eigenschaft als rechtlicher Strukturtypus eine Leitbildfunktion zu (s.o.).

2. Näher dagegen liegen Überlegungen, wie der mißbräuchlichen Verwendung von solchen atypischen Maklerverträgen begegnet werden kann, die das dispositive Maklerrecht lediglich durch Zuhilfenahme von AGB i.w.S. zu umgehen suchen.

Es ist denkbar, die §§ 652 ff BGB in zwingendes Recht umzugestalten oder bei Belassung der Dispositivqualität die Sch r i f t f o r m zu verlangen.

Schließlich erscheint die Forderung erwägenswert, daß abweichende Vereinbarungen a u s d r u c k l i c h oder

1) So z.B. Krause AIZ 1958, 1 ff.

gar einzelvertraglich getroffen werden müssen, wollen sie Geltung beanspruchen.

Die Tendenz, den Mißbräuchen der Vertragsfreiheit durch Umwandlung von nachgiebigem in zwingendes Recht entgegenzuwirken, zeigte sich beispielsweise bereits bei dem Recht des Abzahlungsgeschäfts, des Versicherungsvertrags, des Arbeitsvertrags, des Mietvertrags, sowie - im Maklerrecht - bei dem Wohnungsvermittlungsvertrag: § 2 Abs.5 G zur Regelung der Wohnungsvermittlung.

Darüber hinaus im Maklerrecht a l l e abweichenden Vereinbarungen zu untersagen, widerspräche jedoch dem verfassungsrechtlich angelegten Prinzip der Vertragsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG)¹⁾, auch ist hierzu kein stichhaltiger Grund ersichtlich. Im Gegenteil wird dem Auftraggeber, der beispielsweise ein Grundstück, eine Eigentumswohnung erwerben will und der dazu einen Vermittler beauftragt, an dessen intensiven Vermittlungsbemühungen gelegen sein (Vereinbarung einer Tätigkeitspflicht im Rahmen eines Alleinauftrags etc.); verständlich hierbei ist umgekehrt das Interesse des Maklers an einer Bindung des Auftraggebers (z.B. Alleinauftrag)

Die Forderung nach der Schriftform zumindest für atypische Vertragsgestaltungen läßt ebenfalls keine Besserung erwarten. Abgesehen davon, daß derartige Maklerverträge in der Regel sowieso bereits (im Interesse des Maklers) schriftlich abgeschlossen zu werden pflegen, um etwaige Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, kann auch das Schrifterfordernis nicht die aus der Verwendung von AGB i.w.S. resultierenden Mißbrauchsmöglichkeiten verhüten²⁾.

1) Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 2 Rz 13.

2) Weshalb auch in §§ 2, 4 AGB-Gesetzentwurf vom Schrifterfordernis abgesehen wird.

Dasselbe gilt für den Vorschlag, abweichende Vereinbarungen nur bei ausdrücklicher - schriftlicher oder mündlicher - Abrede zuzulassen. Damit wäre allenfalls die Frage der Einbeziehung der AGB i.w.S. in den Einzelvertrag geklärt, nicht aber jene nach der inhaltlichen Angemessenheit der verwendeten Klausel.

Endlich ist auch eine Ergänzung des § 652 BGB folgenden Inhalts nicht empfehlenswert: "Abweichende Vereinbarungen sind nur wirksam, wenn sie einzelvertraglich getroffen werden". Zwar wäre damit dem Postulat nach Einflußmöglichkeit auf den Vertragsinhalt weitgehendst Rechnung getragen, den Maklern die Verwendung von AGB i.w.S. aber praktisch unmöglich gemacht. Dieses Ergebnis wäre angesichts der Rationalisierungs- und Typisierungsaufgabe der AGB wenig wünschenswert; auch will die AGB-Reform keineswegs die Verwendung von AGB überhaupt verbieten, sondern diese nur der Mißbrauchskontrolle unterstellen. Es besteht kein sachgerechter Grund, hiervon für das Maklerrecht eine Ausnahme zu machen.

IV. Fraglich kann nach allem nur sein, ob denn das Maklerrecht um eine Bestimmung zu erweitern ist, welche die auch das Maklerrecht betreffenden Grundsätze der AGB-Reform in konzentrierter Form zu enthalten hätte.

Diese Grundsätze in e i n e r Vorschrift niederzulegen, wäre jedoch ein unmögliches Unterfangen und würde auch eine isolierte Vorwegnahme der geplanten Kodifikation des Rechts der AGB bedeuten.

Diese Neuregelung ist abzuwarten, wobei es unerheblich ist, ob hierbei die Form eines AGB-Sondergesetzes gewählt wird oder statt dessen die entsprechenden Vorschriften im einzelnen in

das BGB bzw. die ZPO eingestellt werden¹⁾.

Geeignete Ansatzpunkte finden sich in §§ 1 bis 6 und in § 8 Nr. 5, 6 (vgl. oben Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel), § 8 Nr. 12a, (vgl. oben Alleinauftrag), § 8 Nr. 16, 18a, (vgl. oben Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel, Vorkenntnisklausel) des AGB-Gesetzentwurfs (s. Anhang).

Allerdings wäre eine Ergänzung des § 8 des AGB-Gesetzentwurfs um eine speziell auf das Maklerrecht zugeschnittene Bestimmung wünschenswert und auch leicht zu bewerkstelligen.

Der AGB-Gesetzentwurf bezieht sich vorzugsweise auf das Kauf-, Dienst- und Werkvertragsrecht und vernachlässigt hierbei das Maklerrecht, was in TB, S. 18, wie folgt, begründet wird: "Für Einzelgebiete wie etwa für das Maklerrecht liegen allerdings inzwischen über die Geltung der bedeutsamsten einschlägigen Klauseln so eindeutige und klare Entscheidungen des BGH vor, daß hier eine Besserung der Verhältnisse erwartet werden darf". Dabei wird aber der Erfindungsreichtum der Makler in der Neufassung gerichtlich mißbilligter Klauseln unterschätzt, sowie die Wirkung von höchstrichterlichen Entscheidungen überschätzt (vgl. oben B, I).

Unter Berücksichtigung der BGH-Rspr., die eine formularmäßige Abbedingung des Erfolgs - sowie des Kausalitätserfordernisses für das Entstehen des Maklerlohnanspruchs für unwirksam erklärt, würde sich daher folgende Erweiterung des AGB-Gesetzentwurfs

1) Auch TB, S. 37 entscheidet sich noch nicht endgültig, wenngleich auch der AGB-Gesetzentwurf die Form eines Sondergesetzes aufweist. M.E. ist diese Art der Neuregelung (Sondergesetz) und die damit verbundene Herausnahme aus dem BGB für das Recht der AGB deshalb zutreffend, weil nicht nur materiell-rechtliche, sondern auch verfahrensrechtliche Fragen geregelt werden müssen (dazu s.a. Medicus - JA 1971, 343). Auch ginge von einem AGB-Sondergesetz eine größere Signalwirkung und mehr Rechtsklarheit aus, als wenn die entsprechenden AGB-Reformvorschriften über das BGB und die ZPO verstreut eingebaut würden.

empfehlen:

§ 8

(Unzulässige Klauseln ohne Wertungsspielraum)

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind stets unzulässig:

1. - wie bisher -
2. "
3. "
4. "
5. eine Bestimmung, wonach der Maklerlohnanspruch auch dann entstehen soll, wenn der gewünschte Vertrag entweder überhaupt nicht oder ohne ursächliche Mitwirkung des Maklers zustande kommt¹⁾;

1) Die Durchnummerierung des § 8 wäre entsprechend zu ändern.

A N H A N G

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der
Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

(Abgedruckt in Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe
beim Bundesminister der Justiz - Vorschläge zur
Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber
Allgemeinen Geschäftsbedingungen, März 1974.)

Artikel 1

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 1

(Definition)

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle Bestimmungen, die zur Ergänzung oder Änderung von Rechtsvorschriften für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt werden. Einerlei ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben und in welcher Schriftart sie verfaßt sind, welche Form und welchen Gegenstand der Vertrag hat.

§ 2

(Voraussetzungen der Einbeziehung)

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen können bei mündlichem Vertragsabschluß nur dann Bestandteil eines Vertrages werden, wenn

- a) der Vertragsteil, der sie dem Vertrag zugrunde legen will, vor Vertragsabschluß ausdrücklich auf sie verweist und dem anderen Vertragsteil Gelegenheit verschafft, am Ort des Vertragsabschlusses in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und
- b) das Verhalten des anderen Vertragsteils den Umständen nach als Einverständnis mit ihrer Geltung angesehen werden kann.

Bei fernmündlichem Vertragsabschluß kann die Gelegenheit zur Kenntnisnahme auch in der Weise verschafft werden, daß der Wortlaut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem anderen Vertragsteil unverzüglich übermittelt wird.

(2) Bei schriftlichem Vertragsabschluß sowie in Fällen, in denen eine für das Zustandekommen des Vertrages erforderliche Willenserklärung schriftlich abgegeben wird, können Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil des Vertrages werden, wenn

- a) der Vertragsteil, der sie dem Vertrage zugrunde legen will, dem anderen Vertragsteil den mühelos lesbaren Wortlaut aller maßgebenden Bedingungen rechtzeitig zuleitet und
- b) der andere Vertragsteil schriftlich bestätigt, daß die Bestimmungen gelten sollen.

Einer schriftlichen Bestätigung gemäß Buchstabe b) bedarf es nicht, wenn der Vertragsteil, der die Bedingungen dem Vertrage zugrunde legen will, in einem schriftlichen Vertragsangebot auf diese Bedingungen hinweist und der andere Vertragsteil das Angebot ohne Vorbehalt annimmt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, soweit die Vertragsparteien für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften untereinander im voraus die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart haben.

§ 3

(Überraschende Klauseln)

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, daß der Kunde nicht mit ihnen rechnen kann.

§ 4

(Vorrang der Individualabrede)

Individuelle Vertragsabreden haben ohne Rücksicht auf die Form, in der sie getroffen werden, Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbe-

dingungen.

Gesetzliche Formvorschriften bleiben unberührt.

§ 5

(Unklarheitenregel)

Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten desjenigen, der sie dem Vertrag zugrunde gelegt hat.

§ 6

(Generalklausel)

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nur wirksam, wenn sie unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhaltes die beiderseitigen Interessen angemessen ausgleichen.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind stets unwirksam, wenn

1. der Gerechtigkeitsgehalt allgemeiner oder besonderer gesetzlicher Regelungen, von denen abgewichen wird, wesentlich verletzt ist oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages oder aus seinem von der Verkehrsanschauung geprägten Leitbild ergeben, so eingeschränkt werden, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

§ 7

(Unzulässige Klauseln mit Wertungsspielraum)

Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen dürfen nicht vereinbart werden:

1. unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots, für die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer Dienst- oder Werkleistung;

2. eine Bestimmung, durch die sich der Schuldner für die von ihm zu bewirkende Leistung entgegen § 326 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine zusätzliche Leistungsfrist oder eine unangemessen lange Nachfrist vorbehält;
3. ein Recht des Schuldners,
 - a) sich ohne einen sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen oder
 - b) die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, es sei denn, die Änderung oder Abweichung ist für den Gläubiger zumutbar;
4. eine Bestimmung, nach der bei der Rückabwicklung von Vertragsverhältnissen eine unangemessen hohe Vergütung für die Überlassung der Benutzung einer Sache oder für geleistete Dienste verlangt werden kann;
5. Bestimmungen über die Stellung von Sicherheiten und Bürgschaften, über die Einräumung eines Eigentumsvorbehalts oder Pfandrechts und über eine Forderungsabtretung, wenn sie
 - a) den Schuldner in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unzumutbar beeinträchtigen,
 - b) zu einer unverhältnismäßigen Übersicherung des Gläubigers führen oder
 - c) den Überwiegend berechtigten Gläubiger- und Eigentumsinteressen eines Dritten widersprechen.

§ 8

(Unzulässige Klauseln ohne Wertungsspielraum)

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind stets unzulässig:

1. eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertrags-

schluß geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden, sowie bei Leistungen, deren Preise auf Verträgen, Beschlüssen oder Empfehlungen im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beruhen;

2. eine Bestimmung, durch die

- a) das dem Kunden nach § 320 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zustehende Leistungsverweigerungsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder
- b) das Zurückbehaltungsrecht des Kunden, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verkäufer oder Unternehmer abhängig gemacht wird;

3. eine Bestimmung, durch die die Befugnis zur Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung ausgeschlossen wird;

4. eine Bestimmung, durch die der Verkäufer oder Unternehmer von der gesetzlich vorgesehenen Obliegenheit freigestellt wird, den Schuldner zu mahnen, ihm eine Nachfrist zu setzen oder ihm anzudrohen, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne;

5. ein pauschalierter Anspruch auf Schadensersatz, Ersatz von Aufwendungen oder einer Wertminderung, es sei denn,

- a) daß die Pauschale nicht höher ist als der in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden, die gewöhnlich zu machende Aufwendung oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung, und
- b) daß dem Schuldner ausdrücklich die Möglichkeit vorbehalten wird zu beweisen, ein Schaden oder eine Aufwendung sei überhaupt nicht oder nicht in Höhe der Pauschale entstanden oder

gemacht worden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht oder nicht in Höhe der Pauschale eingetreten;

6. Vertragsstrafeversprechen;

7. eine Bestimmung, durch die ein gesetzliches Recht des Käufers oder Bestellers ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, bei Lieferverzug des Verkäufers oder Unternehmers oder bei Unmöglichkeit der Lieferung Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten;

8. eine Bestimmung, durch die entgegen den Vorschriften der §§ 325 und 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Recht des Gläubigers eingeschränkt wird, bei teilweiser Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung oder bei teilweisem Schuldnerverzug von der Pflicht zur Gegenleistung hinsichtlich des ganzen Vertrages befreit zu werden oder vom ganzen Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen;

9. Bestimmungen, durch die bei Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträgen über neu hergestellte Sachen

a) die Gewährleistungsansprüche gegen den Vertragspartner einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte oder abschließend auf ein Nachbesserungsrecht des Käufers oder Bestellers beschränkt werden;

b) die Verpflichtung des die Beseitigung eines Mangels schulden den Verkäufers oder Unternehmers ausgeschlossen oder beschränkt wird, die Aufwendungen zu tragen, die anlässlich der Nachbesserung erforderlich werden, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten;

- c) die Beseitigung eines Mangels oder die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache von der vorherigen Zahlung des Entgelts abhängig gemacht wird;
 - d) dem Käufer oder Besteller Ausschlußfristen für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel gesetzt werden;
 - e) die Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche verkürzt werden;
10. eine Bestimmung, durch die bei einem Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag Schadensersatzansprüche des Käufers oder Bestellers nach §§ 463, 480 Abs. 2, 635 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften ausgeschlossen werden;
11. ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Schuldners oder einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung des gesetzlichen Vertreters des Schuldners oder einer Person beruht, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Dies gilt auch für Schäden aus der Verletzung von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen;
12. bei einem Vertragsverhältnis, das den regelmäßigen Bezug von Waren, die regelmäßige Inanspruchnahme von Dienst- oder Werkleistungen oder die Gebrauchsüberlassung beweglicher Sachen zum Gegenstand hat,
- a) eine den Kunden länger als ein Jahr bindende Laufzeit des Vertrags,
 - b) die stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als drei Monate oder
 - c) eine längere Kündigungsfrist als zwei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;
13. eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen

ein Dritter anstelle des Verkäufers, Dienstverpflichteten oder Unternehmers in die sich aus dem Vertrag ergebende Rechte und Verpflichtungen eintritt oder eintreten kann;

14. eine Bestimmung, durch die

- a) neben der vertraglichen Haftung des Vertretenen ohne eine hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung auch eine Haftung oder Einstandspflicht des Vertreters oder
- b) eine weitergehende Haftung des vollmachtlosen Vertreters als nach § 179 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehen, ausbedungen wird;

15. eine Bestimmung, nach der der Kunde weitergehende als gesetzlich begründete Kosten der Rechtsverfolgung zu tragen hat; dies gilt nicht für die Kosten einer Drittwiderspruchsklage;

16. eine Bestimmung, durch die einem Vertragsteil eine Beweislast auferlegt wird, die sonst dem anderen Vertragsteil obliegen würde;

17. eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen des Kunden an eine strengere Form als die einfache Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden;

18. eine Bestimmung,

- a) nach der der Kunde bestimmte Tatsachen bestätigt oder durch die eine Tatsache oder eine Erklärung fingiert wird; dies gilt nicht für Empfangsbekenntnisse auf besonderer Urkunde, die keine anderen Erklärungen enthält;
- b) nach der eine Willenserklärung oder eine Mitteilung als zugegangen gilt;

19. die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts in Fällen, in denen der Kunde seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat;

20. die Vereinbarung eines anderen als des gesetzlichen Gerichtsstandes für das Mahnverfahren.

§ 9

(Umgehungsverbot)

Dieses Gesetz findet auch Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 10

(Rechtsfolgen bei Teilnichtigkeit)

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften, in Ermangelung von solchen nach der Natur des Vertrages oder seinem von der Verkehrsanschauung geprägten Leitbild.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm selbst bei einer Änderung nach Absatz 2 zu untragbaren Ergebnissen führen würde.

§ 11

(Internationaler Geltungsbereich)

Unterliegt ein Vertrag ausländischem Recht, so finden die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl Anwendung, wenn

- a) der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen, im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfalteten geschäftlichen Tätigkeit desjenigen Vertragsteils, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertrag zugrunde legt, zustandekommt und
- b) der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.

§ 12

(Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich)

(1) die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung

- a) auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem in das Handelsregister eingetragenen Kaufmann verwendet werden, sofern der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört;
- b) auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden;
- c) bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.

(2) § 8 Nr. 1, § 8 Nr. 6 und § 8 Nr. 9 Buchstabe d finden auch dann keine Anwendung, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem nicht in das Handelsregister eingetragenen Kaufmann verwendet werden, sofern der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Unter den gleichen Voraussetzungen gilt § 8 Nr. 12 Buchstabe a mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Frist von einem Jahr eine solche von fünf Jahren tritt, § 8 Nr. 12 Buchstabe b mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Frist von drei Monaten eine solche von einem Jahr tritt.

Artikel 2

Nach § 476 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird folgende Vorschrift eingefügt:

§ 476 a

Ist anstelle des Rechts des Käufers auf Wandelung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die anlässlich der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Dies gilt nicht, soweit die Aufwendun-

gen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbracht worden ist, es sei denn, das Verbringen entspricht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache.

L E B E N S L A U F

Am 6. November 1944 wurde ich als Sohn des Richters am Sozialgericht i.R. Karl-Heinz Fuchs und seiner Ehefrau Brigitte Fuchs geb. Gebauer in Graudenz/Westpreußen geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule von 1951 - 1955 in Vils-
hofen und München wechselte ich in das humanistische
Theresien-Gymnasium in München über und legte dort im
Jahr 1964 das Abitur ab.

Anschließend leistete ich meinen Wehrdienst ab und be-
gann hierauf 1966 das Studium der Rechtswissenschaften
an der Ludwig-Maximilians-Universität in München.
Nach 9 Semestern legte ich im Herbst 1970 die Erste
Juristische Staatsprüfung ab und trat sodann in den
Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare ein.
Diesen schloß ich im Frühjahr 1974 mit der Zweiten
Juristischen Staatsprüfung ab.

